جامعة صنعاء
كلية الشريعة والقانون

أصول القانون الإداري

دكتور
محمد رفعت عبد الوهاب
رئيس قسم القانون العام

دكتور
حاتم أحمد عجيلة
مدرس القانون العام

إهداءات ٢٠٠٣
مستشار/ احمد رفعت خفاجى
القاهرة

جامعة صنعاء
كلية الشريعة والقانون

أصول
القانون الإداري

دكتور
محمد رفعت عبد الوهاب
رئيس قسم القانون العام

دكتور
عاصم أحمد عجيلة
مدرس القانون العام

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

يَرْفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا مِنكُمْ
وَٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ ج

صَدَقَ اللّٰهُ الْعَظِيمُ

بسم الله الرحمن الرحيم

باب تمهيدى

الأسس العامة للقانون الإدارى

تمهيـــد :

قبل أن نشرع فى بحث أصول القانون الإدارى وأحكامه يتعين علينا أن نعرف بهذا الفرع من فروع القانون ، ببيان مدلوله ونشأته ومصادره وخصائصه ثم تحديد أساسه ومجال تطبيقه .

الفصـــل الأول

مدلول القانون الإدارى

(أ) تعريف القانون الإدارى

يعرف القانون الإدارى بأنه ذلك الفرع من القانون العام الذى يتصل بالإدارة العامة فيوضح كيفية تنظيمها وبيان أجهزتها المتنوعة ونشاطها والوسائل المختلفة التى تمكنها من ممارسة هـــذا النشاط(١) .

والإدارة العامة التى يرتبط بها القانون الإدارى تتميز عن أنواع أخرى من الإدارات مثل إدارة الأعمال فى المنظمات الخاصة والقطاع العام وكذلك إدارة المنظمات الدولية .

أما عن مدلول الادارة العامة فيقصد بها أحياناً معنى عضوى وآخر موضوعى أو مادى . فهى بالمعنى العضوى يقصد بها الأجهزة الإدارية فى الدولة بصرف النظر عن نوع النشاط الذى تمارسه تلك الأجهزة .

أما بالمعنى الموضوعى أو المادى فيقصد بها الأنشطة الذى تضطلع بها تلك الأجهزه الإدارية .

---

(١) انظر فى ذلك ثروت بدوى ، القانون الإدارى سنة ١٩٨٠ ص ٣ .

والنشاط الإدارى الذى تتولاه الإدارة العامة يختلف فى طبيعته عن النشاط الذى تقوم به الأجهزة الحكومية الأخرى غير الإدارية ، كالنشاط الذى تقوم به السلطة التشريعية أو القضائية أو الحكومية .

القانون الإدارى بالمعنى الضيق . والقانون الإدارى بالمعنى الواسع :

المدلول الذى حددناه آنفاً للقانون الإدارى هو مدلوله بالمعنى الفنى أو الضيق لدى الفقه والقضاء فى فرنسا والدول الآخذة بالنظام الفرنسى . فمدلول القانون الإدارى لا ينصرف إلا إلى تلك القواعد التى تحكم تنظيم الإدارة العامة ونشاطها فهو لا يتضمن إلا تلك القواعد القانونية المتضمنة أحكاماً استثنائية أو غير عادية ، تختلف بطبيعتها عن قواعد الشريعة العامة . فالقانون الإدارى بمدلوله الضيق يكون منظوراً إليه باعتباره فرع من فروع القانون العام . لأن علاقات الإدارة مع الآخرين تنهض على أساس أن الدولة وهى تتعامل معهم فإنما تتعامل باعتبارها صاحبة السياده والسلطان :

أما القانون الإدارى بالمعنى الواسع فهو يعنى أن القواعد التى تنظم بنيان الإدارة العامة ونشاطها تكون خليطاً من قواعد الشريعة العامة وقواعد أخرى متميزة عن تلك القواعد ، وهو بهـــذا المعنى يوجد فى كل الدول المتحضرة حيث توجد جماعة سياسية على رأسها سلطة تعمل على إشباع حاجات الأفراد وتنفيذ القوانين ، كما يوجد أيضاً فى بلاد النظم الانجلوسكونية مثل انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبلاد النظم اللاتينية .

ويطلق على القانون الإدارى بالمعنى الواسع حينئذ قانون الإدارة العامة أو قانون الأجهزة الإدارية .

وهكذا يتضح مما تقدم أن القانون الإدارى بالمعنى الضيق لا يوجد فى كل الدول ، أما القانون الإدارى بمعناه الواسع فتجده داخل كل دولة متحضرة . فالقانون الإدارى بمعناه الضيق حديث فى نشأته ويستدل على وجوده بأن الإدارة العامة تستأثر بقواعد قانونية متميزة تقوم على أســـاس طابع السلطة ، وتفترق عن قواعد القانون الخاص ، والتى تقوم على أساس المساواة بين الأطراف .

(ب) القانون الإدارى فرع من فروع القانون العام

ينقسم القانون بصفة عامة إلى قسمين قانون عام وقانون خاص . ويقصد بالقانون العام ذلك الفرع الذى يضم مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات التى تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، إذ تكون مرتدية وهى تتعامل مع الآخرين ثوب السلطة العامة .

أما القانون الخاص : — فهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات الأخرى أو التى لا تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، وإنما إذا وجدت طرفا فى العلاقة القانونية فانها تخلع عن نفسها ثوب السلطة العامة وتتعامل كما لو كانت فردا من الأفراد العاديين أى على قدم المساواة معهم .

والقانون العام يقوم على فكرة السيادة والتى هى من خصائص الدولة ، وبمقتضاها تتمتع الدولة وهى تباشر أنشطتها المختلفة بقصد إشباع الحاجات العامة بأساليب خاصة متميزة وفريدة لا تتوافر للأفراد ولا ينبغى أن تكون لديهم .

أما عن ميدان القانون العام فهو يزداد يوما بعد يوم مع ازدياد تدخل الدولة فى مجالات شتى كانت مقصورة سلفاً على نشاط الأفراد ، فدور الدولة لم يعد مقصوراً على صيانة الأمن ورد العدوان الخارجى وإدارة المرافق الأساسية التقليدية . وإنما ازداد ضخامة ونمواً واتسعت مجالات السلطة العامة وتنوعت أهدافها تحت تأثير تيار المذاهب الاشتراكية منذ أواخر القرن التاسع عشر . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الدولة أخذت تتجه فى ممارسة نشاطها إلى استخدام أسلوب الإدارة الخاصة أحيانا ، بالنظر إلى أنه قد يحقق لها نفعاً أفضل تاركة أو معرضة حينئذ عن اللجوء لوسائل وامتيازات القانون العام ، وهو ما سبب بدوره ظهور أزمات عديده لا تزال ماثلة إلى اليوم تتعلق بتحديد مجالات انطباق كل من قواعد القانون العام أو قواعد القانون الخاص .

الفصل الثانى

نشأة القانـــون الإدارى

يرجع الفضل الأكبر فى نشأة القانون الإدارى إلى فرنسا فهى مهده وفيها مولده . ولذلك نبدأ بالحديث عن نشأته فيها ثم ننتقل إلى الحديث عن نشأته فى مصر والجمهوريه العربية اليمنيـــة .

أولا : فى فرنســا

يرجع الفضل الأكبر فى ظهور القانون الإدارى بمدلوله الفنى الذى عرضناه آنفاً إلى إنشاء القضاء الإدارى فى فرنسا (مجلس الدولة) . فمنذ وضع النواة الأولى لهذا القضاء تطورت مبادىء القانون الإدارى تطوراً هائلا حتى أصبحت اليوم تكون قانونا مستقلا ، بفضل تلك المبادىء والقواعد التى أرساها القضاء فى أحكامه القيمة ، والنظريات التى صاغها فقهاء القانون العام بعد ذلك .

فالقانون الإدارى يرتبط فى نشأته بتاريخ فرنسا الإدارى . وبتطور النظام القضائى فيها والذى بدأ منذ الثورة الفرنسيه سنة ١٧٨٩ . ويتضح ذلك من دراسة المراحل التى مر بها وهى على النحو التالى :

(أ) مرحلة الإدارة القاضيـــة

هبت الثوره الفرنسية سنة ١٧٨٩ وقضت على النظام الملكى المطلق وعندئذ أعلن رجال الثورة تمسكهم بمبدأ الفصل بين السلطات كى يتفادوا بذلك تركيز السلطه فى قبضة يد واحدة ، لما يفضى إليه ذلك عادة من الاستبداد والتحكم والافتئات على حقوق الأفراد وحرياتهم على أن رجال الثورة الفرنسية قد ذهبوا فى تفسيرهم لمبدأ الفصل بين السلطات تفسيراً خاصاً ينأى به عن المعنى الحقيقى الذى أراده له واضعوه . فهـــو مبدأ الفصل بين السلطات كما صاغه « مونتسكيو » أن تكون كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث مستقلة فى عملها عن الأخرى ، فلا تتدخل أى منهما فى شئون السلطة الأخرى . فالسلطة القضائية لا تتدخل فى أعمال السلطة التنفيذية والعكس بالعكس . غير أن الثوار قد ذهبوا فى تفسيرهم للمبدأ أن جعلوا المراد منه منع السلطة

الإدارية من التدخل فى أعمال القضاء وكذا منع الحاكم من التعرض لأعمال الإدارة ، لأن إخضاع المنازعات الإدارية لرقابة القضاء يشكل إهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات لما ينطوى عليه ذلك من اعتداء على الاستقلال الذى يجب أن يتوافر للسلطة الإدارية وفروعها المختلفة .

ومن هذا التفسير الجديد والخاطىء لمبدأ الفصل بين السلطات صدر القانون ١٦ فى ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ الخاص بالتنظيم القضائى ونص فى المادة ١٣ منـــه على أن : « الوظائف القضائيه مستقلة وتبقى منفصلة عن الوظائف الإدارية . وعلى القضاه — وإلا كانوا مرتكبين لجريمة الخيانة العظمى — ألا يتعرضوا بأية وسيلة من الوسائل لأعمال الهيئات الإدارية » .

والسبب الذى دعا رجال الثورة إلى الأخذ بهـــذا التفسير الخاطىء لمبدأ الفصل بين السلطات هو خوفهم من تعرض القضاء لأعمال الإدارة بالتأويل وما ينجم عن ذلك من تعطيل لتلك الأعمال ، وما يترتب على ذلك من إعاقة الثورة عن تحقيق أهدافها الطموحة . والنتيجة التى ترتبت على ذلك هو أن المنازعات التى تكون الإدارة طرف فيها صار يمتنع على القضاء الفصل فيها . وليس أمام الأفراد الذين يتضررون من تصرفات الجهات الإدارية سوى التوجه بمظالمهم وشكاويهم لتلك الجهات نفسها إبتداء من الملك والوزراء نزولا إلى الرؤساء المختصين .

وعلى هذا النحو فقد كانت الجهات الإدارية تجمع فى يدها إلى جانب وظيفة الإدارة ، أعمال الوظيفة القضائية فى صدر تلك المنازعات الإدارية . أى أنها كانت تجمع بين وظيفتى الإدارة العاملة والإدارة القاضية التى تفصل فى الخصومات الادارية .

ولا يخفى ما يترتب على هذا الوضع من خطورة على مصالح هؤلاء الأفراد الذين يتعاملون مع الإدارة ، فالإدارة قد أصبحت هى الخصم والحكم ، وفى هذا ماينقص من ضمانات الأفراد حين يريدون اقتضاء حقوقهم قبل الإداره ومقاضاتها .

(ب) مرحلة القضاء المحجوز :

حين صار نابليون هو القنصل الأول لفرنسا فى عام ١٨٠٠ تم الفصل بين الإدارة العاملة والإدارة القاضية بانشاء مجلس الدولة فى العاصمة الفرنسية ومجالس الأقاليم فى المحافظات الأخرى ، وتم ذلك بمقتضى المادة ٥٢ من دستور السنة الثامنة . وأصبح من اختصاص تلك المجالس الفصل فى التظلمات التى يتقدم بها الأفراد ضد الإدارة . وقد كان مجلس الدولة إلى جانب ذلك بمثابة مستشار للجهات الإدارية ، بمعنى أنه كان يتولى الفتوى وإبداء الرأى فى المسائل التى تستشكل على الجهات الإدارية ، كما كان من عمله أيضاً القيام بصياغة مشروعات القوانين قبل عرضها على البرلمان وأخيراً كان بمثابة جهة استئنافية بالنسبة للقرارات التى تصدر من مجالس الأقاليم والتى يطعن فيهـــا أمامه .

ومع هذا فإن مجلس الدولة لم يكن قراره باتاً بالنسبة للمنازعات التى التى تعرض عليه . وإنما دوره كان يقف عند إعداد مشروعات بالاحكام يرتهن تنفيذها واعتمادها وإقرارها من رئيس الدولة نفسه . ومن هنـــا أطلقت على هذه المرحلة مرحلة القضاء المحجوز لأن قضاء المجلس لم يكن باتا ونهائياً وإنما كان معلقاً على موافقة رئيس الدولة .

بيـــد أنه من الناحية العملية فإن السلطة الإدارية كانت توافق غالباً على مشروعات الأحكام التى يعدها المجلس . بسبب فرط الثقة التى كانت توليها له .

(ج) مرحلة القضاء البات :

ظل الوضع السابق حتى عام ١٨٧٢ حيث صدر فى هذه الســـنة فى ٢٤ مايو قانون مجلس الدولة والذى بمقتضاه أصبح قضاء المجلس نهائياً وأحكامه ملزمة للإدارة غير معلقة على تصديق جهـــة أخرى .

وبصدور القانون المذكور نشأ فى فرنسا نظام القضاء المزدوج ، القضاء العادى وعلى قمتـــه محكمة النقض . والقضاء الإدارى ويشمل مجالس الأقاليم (المحاكم الإدارية) وعلى رأسها مجلس الدولة .

وقد استتبع ازدواج جهتى القضاء ازدواج آخر ألا وهو الازدواج القانونى ، فهناك القانون الخاص الذى يطبقه القضاء العادى على منازعات الأفراد بينهم وبين بعضهم ، وبجانبه القانون الإدارى والذى يتكون من قواعد قانونية من نوع خاص من شأنها أن تكفل حماية المصلحة العامة ، وحسن سير المرافق العامه لأنها تبتعد عن تلك القواعد المدنية التى تقوم على أساس المساواة بين المصالح الفردية ولا تفاضل بين مصلحة وأخرى(١) .

على أن القضاء الادارى وهو يتولى فصل الخطاب فى المنازعات المطروح عليه ليقول فيها كلمة الحق والعدل لم يكن يتقيد بنصوص معينة ، سيما تلك القواعد المدنية لأن من شأن تطبيقها عرقلة سير المرافق العامة ، وإنما كان يبتدع الحلول المناسبة لمنازعة الإدارة فى كل حالة على حدة ، مستلهماً مبادىء العدالة وروح القانون ، مستهدفاً حماية المصلحة العامة مسايراً لدواعى التطور ، فلم يكن هناك نصوص قد وضعت بعد لتحكم منازعات الإدارة مع الآخرين الذين تتعامل معهم . وهكذا كان لمجلس الدولة فى فرنسا الدور الأكبر فى خلق قواعد القانون الإدارى ووضع أصولها وقواعدها على أسس راسخة ، تلك الأصول التى ترسم له ملامح خاصة ومعالم فريدة تميزه عن غيره من القوانين الأخرى .

ثانيا : نشأة القانون الإدارى فى مصر

لم يكن هناك قبل إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨١٥ والمحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ قانون إدارى بالمعنى المعروف حديثاً شأنه فى ذلك شأن سائر القوانين .

---

(١) على أنه يجب التنويه إلى أن نشأة القانون الإدارى بمدلوله الفنى أو الضيق حسبما أوضحناها سلفاً لا ترتد إلى تاريخ صدور قانون مجلس الدولة فى ٢٤ مايو ١٨٧٢ ، وإنما ترتبط نشأة القانون الإدارى فى فرنسا بإنشاء مجلس الدولة بمقتضى المادة ٥٩ من دستور السنة الثامنة فى عهد نابليون بونابرت القنصل الأول للجمهورية ، فى هذه الحقبة عمل مجلس الدولة على وضع اللبنات الأولى فى القانون الإدارى ثم جاء قانون ١٨٧٢ وقنن ما جرى عليه العمل فى الفترة السابقة :

راجع الدكتور عبد المجيد عبد الحفيظ مذكرات فى القانون الإدارى لسنة ١٩٨١ ص ٨ .

فقد أثرت الظروف العديدة المتخلفة عن الحكم العثمانى ثم الاستعمار البريطانى فى تخلف النظام القانونى فيها ، فكانت كلمة الإدارة هى العليا ولم يكن لأحد أن يطعن على تصرفاتها أو يعدل منها .

ولكن حين أنشئت المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ نصت لائحتها على منع هذه المحاكم من تأويل معنى أى أمر يتعلق بالادارة أو وقف تنفيذه، وكذلك احتوت لائحة ترتيب المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ على نص مشابه .

وفى عام ١٩٤٩ حل قانون نظام القضاء محل لائحتى ترتيب المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية ، وبدوره منع المحاكم من تأويل أى عمل يتعلق بالإدارة ، وإن كانت نصوصه قد تضمنت مسئولية الإدارة عن أعمالها التى تخالف القوانين أو اللوائح وجعلت من اختصاص المحاكم العادية الحكم بالتعويض عن تلك الأعمال .

وفى سنة ١٩٤٦ أنشىء مجلس الدولة ليختص بالفصل فى المنازعات الخاصه القرارات الإدارية المخالفة للقانون ولمبدأ المشروعيه . وقد صدرت عدة تعديلات لهذا القانون كان آخرها القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والذى جعل إختصاص المجلس شاملا لنظر كافة المنازعات الإدارية بعد أن ظل روحاً من الزمن منحسرة عنه تلك الولاية .

والرأى الغالب فى الفقه يرى أن بذور القانون الإدارى وبداية ظهوره قد ارتبطت بانشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية وهم لهم فى ذلك حجج وأسانيد . على أن البعض يرى أن نشأة ذلك القانون إنما ترتد إلى تاريخ إنشاء مجلس الدولة فى مصر سنة ١٩٤٦ أما قبل ذلك فلم يكن هناك قانون إدارى بالمعنى الفنى (١) .

وعلى كل حال فأياً كان أثر هذا الخلاف حول مولد القاتون الإدارى فى مصر فلقد كان لإنشاء مجلس الدوله أكبر الفضل فى احتواء قواعد القانون الإدارى وإبراز معالمه وتحديد سماته واستقلاله عن غيره من القوانين .

---

(١) انظر فى ذلك ثروت بدوى المرجع السابق ص ٨١ وما بعدها .

يضاف إلى ما تقدم أنه فى السنوات الأخيرة صدرت عدة قوانين إدارية ساهمت فى تعضيد ذلك الفرع من القانون وهيأت له عوامل الاكتمال والبلوغ .

ثالثاً : نشأة القانون الإدارى فى الجمهورية العربية اليمنية

يسجل التاريخ أن اليمن كان لها شأن عظيم بين الأمم والمجتمعات القديمة فكان ذات مكانة وحضارة ، عرفت من خلالها نظم الحكم والإدارة . ولذلك فلا نعدم أن نجدفيها بعض معالم القانون الإدارى ولكن بالمعنى الواسع الذى عرضناه آنفاً . ويمكن القول مع آخرين بأن القانون الإدارى بالمعنى الضيق كان موجوداً قبل الثورة ولكن بشكل بسيط ويقوم على الفكرة التسلطية التى كان يحكم بها اليمن من الأئمة [1] .

أما بعد الثورة فقد ازدهر القانون الإدارى ونما نتيجة لحركة التقنين المتتابعة ، فقد صدرت مجموعات القوانين التى تهدف إلى وضع أسس للنظام الإدارى وحسن سير الإدارة العامة ، وعلى سبيل المثال قانون الإدارة المحلية ، قانون الجهاز المركزى للرقابة والمحاسبة ، وقانون النيابة الادارية والمالية ، وقانون الخدمة المدنية .

والأمل معقود فى أن يبلغ هذا التطور غايته ومداه بانشاء القضاء الإدارى على غرار القضاء الإدارى فى كل من : فرنسا ومصر ، وعلى هذا نص دستور الجمهورية العربية اليمنية فى المادة ١٤٥ « ينظم القانون الفصل فى الخصومات الإدارية بواسطة هيئة أو محكمة خاصة ، يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإدارى شاملا صلاحيتها بالنسبة إلى القرارات الادارية المخالفة للقانون » .

الفصل الثالث

خصائص القانون الإدارى [2]

يتسم القانون الإدارى بسمات خاصة تميزه عن غيره من القوانين ، فهو

---

(١) راجع محمود حلمى وفؤاد النادى . القانون الإدارى لسنة ٨٠ ص ٩ .

(٢) راجع فى ذلك ثروت بدوى المرجع السابق ص ٩٥ وما بعدها ، طعيمة الجرف ، القانون الإدارى سنة ١٩٧٨ ص ٦١ وما بعدها ، سليمان الطماوى القانون الإدارى سنة ٨١ ص ١١ وما بعدها ، عبد المجيد عبد الحفيظ المرجع السابق ص ١٥ وما بعدها .

قانون حديث النشأه ، أغلب قواعده من ابتداع القضاء فهو قانون قضائى يتميز بالتطور والمرونة ، أغلب مبادئه لا تزال غير مقننة ، وسنتكلم عن كل من هذه الخواص على حدة .

أولا : القانون الإدارى حديث النشأة ويتميز بالاستقلال

فالقانون الإدارى بمعناه الفنى أو الضيق لم يظهر إلا حديثاً غداة قيام الثورة الفرنسية ، حين قام الثوار بالفصل بين السلطة القضائية والسلطة الإدارية ، وأصبحت الإدارة تختص بالفصل فى المنازعات التى تكون هى طرفاً فيها ، وذلك نتيجة للتفسير الخاص الذى أضفاه الثوار على مبدأ الفصل بين السلطات .

أما القوانين الأخرى مثل القانون المدنى فإن ظهورها يرتد إلى زمن قديم كالقانون الرومانى مثلا .

ثانيا : القانون الإدارى قانون غير مقنن

فنصوص القانون الإدارى وقواعده وأحكامه لا تضمها مجموعة واحدة كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدنى مثلا . ويعزى ذلك إلى أسباب تاريخية وأسباب خاصه بطبيعة القانون الإدارى نفسه ، فحينما بدأ نابليون فى وضع مجموعات القوانين سنة ١٨٠٤ لم تكن قواعد القانون الإدارى قد وضحت معالمها بعد فصارت تكون قانوناً له ذاتيته وأحكامه الخاصة .

وحتى بعد أن وضحت هذه المعالم فإن قواعد القانون الإدارى تأبى بطبيعتها أن تنخرط فى مجموعة واحدة ، لأن مبادىء هذا القانون من صنع القضاء وتمتاز بالمرونة والتطور ، وذلك حتى تتواكب وتتلاءم مع الظروف المختلفه التى تغشى الحياة الإدارية يوما بعد يوم ، يضاف إلى ذلك أن قواعد هذا القانون لا توجدها التشريعات البرلمانية وحدها وإنما يضاف إليها تلك اللوائح المتعددة والتى تصدر من السلطات الادارية المختلفة . وهذه اللوائح لا تتمتع بالثبات ، وإنما يعتريها التغيير والتبديل من حين لآخر كى تلاحق التطورات التى تغشى كافة مجالات الحياه والتى تؤثر على الإدارة بدورها .

وقد بذلت محاولات عديده من جانب بعض الدول لتقنين القانون الإدارى ، إلا أن كل ما وصلت إليه من مجهودات قد اقتصر على تجميع شتات القوانين الإدارية المتناثرة والتنسيق بينها . وقـد أفاد عدم التقنين الكامل للقانون الإدارى فى جعله أكثر قابلية للتطور وأقرب للمرونة من الناحية العملية .

على أنه وإن تعذرت أو استحالت محاولة التقنين الكامل للقانون الإدارى ، إلا أنه من ناحية أخرى هناك تقنينات عديده لكثير من موضوعاته الهامة كقانون الموظفين والحكم المحلى والهيئات العامه ومجلس الدوله .

ثالثا : القانون الإدارى قانون قضائى يتميز بالمرونة

القانون الإدارى لا يزال فى أغلب نظرياته ومبادئه الأساسية راجعاً إلى اجتهاد القضاة ، لأن القاضى الإدارى ليس كنظيره فى القضاء العادى دوره هو مجرد تطبيق القانون ، وإنما يمارس دوراً إنشائياً فعالا فازا قلة النصوص الإدارية فانه يجتهد فى صياغة مبادىء قانونية جديدة تتواكب مع ضرورات حسن سير المرافق العامة . بل لعل المشرع غالباً حين يشرع فى تقنين قاعدة ما فانه يقوم بتسجيل ما استقر عليه القضاء من مبادىء دون أن يضيف جديداً إليها .

فالفضل الأكبر فى خلق قواعد هذا القانون — كما أسلفنا — راجع إلى القضاء والذى ما زال يثرى هذا النوع من القانون بأحكامه التى تواجه تطورات الحياة الإدارية وتوفق بين مصلحة الإدارة ومصلحة الأفراد . ولا ينال من هذا أن كثيراً من قواعد القانون الإدارى قد صارت تضمها اليوم تشريعات خاصة .

فهـذا القضاء لم يجـد أمامه بدأ من ابتداع الحلول المناسبة للفصل فى المنازعات المطروحة عليه دون أن يتقيد بقواعد القانون المدنى ، فاستطاع يوماً بعد يوم أن يبنى صرح هذا القانون ويشيده على أسس متينة .

بل إنه عند وجود النصوص القانونية فإن من المعلوم أن هذه النصوص

تتصف بالعمومية والتجريد ولا تواجه كل الحالات التى تحدث عملا ، ولذلك يتمتع القاضى الإدارى بحرية واسعة فى تفسيرها لإيجاد الحلول اللازمه للمنازعات الإدارية ، والتى تكفل تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصالح الأفراد وتضمن حسن سير المرافق العامة .

ولكون القانون الإدارى من خلق القضاء فإن قواعده تمتاز بالمرونة والتطور وعدم الثبات ، فليس مقيداً فى غالب قضائه بنصوص تشريعية مقننة ، لأنه فى كل حالة يحاول أن يستهدى الحل المناسب ، ولذلك نلمح أن القضاء الإدارى فى فرنسا فى تسبيبه للأحكام يوجز فى ذلك ويستخدم عبارات مرنة كى تتلاءم أحكامه مع الظروف المختلفة ولا تكون حكراً على حالات خاصة .

ولقد كان من أثر هذه المرونة أن قواعد هذا القانون صارت متطورة بصفة مستمرة . ولم تختلف عن مواكبة الظروف المختلفة التى تطرأ على الحياة الادارية سياسية واجتماعية واقتصادية .

الفصـــل الرابع

مصادر القانون الادارى

مصادر القانون الإدارى لا تختلف عن مصادر القانون بوجه عام . فهناك مصادر رسمية تتمثل فى التشريع والعرف ، وهناك مصادر مفسرة تتمثل فى القضاء والفقه إلا أن هناك سمات خاصه تتميز هذه المصادر فى نطاق القانون الإدارى ، وسيبين ذلك من دراسة كل مصدر على حدة : ونبدأ بالمصادر الرسمية ثم المصادر التفسيرية أو غير الرسمية .

أولا : — المصـــادر الرسميـــة

(أ) التشريع .

يحتل التشريع المرتبة الأولى بين مصادر القانون عموماً ، فإذا وجد نص فى التشريع وجب إتباعه وتفضيله على كافة المصادر الأخرى التى تتعارض معه .

والنصوص التشريعية بالنسبة للقانون الإدارى لا تضمها مجموعة واحدة على غرار القانون المدنى أو الجنائى ، لأنه كما سبق أن ذكرنا فإن القانون الإدارى قانون غير مقنن ، ومن ثم نجد قواعده متناثرة بين نص فى الدستور نفسه أو فى وثيقة دستورية (كالاعلانات الدستورية (أو نص فى التشريع الصادر من البرلمان أو نص فى لائحة أو بند فى قرار إدارى صادرين من جهـــة إدارية أو مصلحة حكومية .

فالدستور اليمنى مثلا قد نص فى الماده ١٠٦ على حق الحكومة فى إصدار القرارات الإدارية والتنفيذية وإنشاء المصالح والمؤسسات العامة الضبط الادارى . . . . الخ . كما نص فى المادتين ١٠٩ ، ١١٠ على الأحكام العامه لنظام الادارة المحلية .

فاذا ما انتقلنا إلى القوانين العاديه وجدنا أن الأحكام الخاصه بالشخصية المعنويه منصوص عليها فى القانون المدنى عادة وكذلك الأموال العامه .

كما أن قانون العقوبات غالباً ما يرد فيه الأحكام الخاصة باضراب الموظفين عن العمل . وهناك أيضاً تشريعات مستقلة تصدر بقوانين إدارية كقانون المؤسسات العامة أو الهيئات العامة وقانون الموظفين .

وبالإضافة إلى التشريعات الواردة فى الدستور أو القوانين نجد كثيراً من اللوائح والقرارات الإدارية المختلفة لا حصر لها والتى بطبيعتها تتضمن قواعد إدارية .

وعلى الرغم من هذه النصوص التشريعية فإن أغلبها لا يتعلق إلا بالجانب التنظيمى أى الجانب الذى يتصل ببناء الإدارة العامة وهيكلها ، دون النواحى الأخرى التى تتعلق بنشاط الإدارة العامة ، فالمبادىء الأساسية والنظريات العامة فى القانون الإدارى لا نجدها فى نصوص مكتوبة كما هو الشأن فى القانون المدنى مثلا :

(ب) العرف الإدارى.

نقصد بالعرف الإدارى كمصدر للقانون تلك الأوضاع الإدارية التى

درجت الجهات الحكومية على اتباعها فى صدد نشاط معين ، حتى أصبحت القاعدة الواجبه الإتباع (١) .

فلا يستساغ مخالفتها لأنها صارت بمثابة قاعدة قانونية ملزمة .

والعرف من أقدم المصادر الرسميه للقانون ، بل إنه يكاد يكون هو المصدر الأوحد للقانون فى المجتمعات القديمة قبل انتشار الكتابة ، ولا يزال له دور كبير فى المجتمعات القبلية أو الزراعية ، حتى أن التشريعات المدنية لا تستطيع أن تحل محله إلا بصعوبة بالغة(٢) .

وحتى نكون بصدد قاعدة عرفية إدارية واجبة الإتباع فانه يشترط توافر شرطين : —

١ — أن يكون العرف عاما تطبقه الادارة بصفة مطردة . بمعنى أن يتوافر بشأنه الثبات والاستقرار كأن تكون الإدارة قد انتهجت شرعة ثم سارت عليها مدة كافية . أما إذا كانت قد التزمت فى بعض حلول فردية متباعدة دون إطراد فانه يتخلف عند ذلك وصف العرف الإداري الملزم (٣) .

٢ — ألا يخالف نصا فى التشريع ، فلا يمكن أن يوجد عرف على خلاف القانون المكتوب . فلا يستساغ أن يتولد عن مخالفة القانون قواعد ملزمة ، والقول بغير ذلك كما تقول المحكمة الادارية العليا فى مصر يجعل اطراد الإهمال فى مجال الوظيفة العامة عرفا دون أن يؤثم فاعله ، وهى نتيجة ظاهرة الفساد (٤) .

فقضى بان اطراد تسامح الاداره مع الأفراد على نحو معين مخالف للقانون لا يمكن أن يولد لهؤلاء الأفراد حقاً مكتسباً سنده هو هذه القاعده

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر فى ٢٤ — ٢ — ١٩٦٢ مجموعة المبادئ القانونية فى ١٠ سنوات ١٩٥٥ ، ١٩٦٥ ، ص ١٠٣٨ ، ١٠٣٩ .

(٢) راجع عبد المنعم محفوظ القانون الإدارى ، الكتاب الأول، الطبعة الأولى ص ٦٤ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٢٤ — ٦ — ١٩٥٣ السنة السابعة ، الدعوى رقم ١٥٤ لسنة ٦ ق مجموعة الأحكام ص ١٨٧١ .

(٤) حكمها فى ٨ — ٥ — ١٩٦٥ مجموعة المبادئ القانونية ، السنة العاشرة ص ١٢١٩ .

التنظيمية العرفية حيث لا ينشأ عرف ملزم على خلاف القانون مهما تكررت الحوادث المماثله (١) .

وقد يكون دور العرف محدداً من الناحية العملية كمصدر للقانون الادارى ويعزى ذلك إلى أنه غالباً ما يكتنفه الغموض ، كما أن إثباته من الناحية العملية يتميز بالصعوبة . وعلى كل حال فإن المرجع النهائى فى تقديره يترك للقضاء يستنبطه من ظروف الدعوى ، وهو ما يجعل للقضاء أهميـــة كبرى فى هـــذا المجال .

ثانيا : المصـــادر المفسرة

(أ) القضـــاء

الأصل فى أحكام المحاكم أنها كاشفة عن المبادىء القانونية ، فلا يتعدى دورها سوى النطق بحكم القانون فى الواقعة موضوع النزاع ، ولكن الأمر يختلف بالنسبة لأحكام القضاء الإدارى ، فدوره لا يقف عند حد الكشف عن حكم القانون فى الواقعة موضوع النزاع وإنما يتعداه فى كثير من القضايا إلىخلق المبادىء والقواعد القانونية كما بينا آنفاً ، وقد نتج ذلك عن الظروف التى اكتنفت نشأة القانون الادارى فى فرنسا وعدم تقنينه .

فالمبادىء والنظريات العامة فى القانون الإدارى أغلبها مستمد مـــن القواعد التى وضعها القضاء الإدارى ، واستخلصها فهو ليس مجرد قضاء تطبيقى مثل نظيره المدنى أو الجنائى ، بل هو فى الغالب الأعم قضاء إنشائى أو ابتدائى يبتكر الحلول المناسبة للمنازعات الإدارية لكل حالة على حدة .

ولهذا كانت الأحكام الإدارية مورداً هاماً نستقى منه مبادىء القانون الإدارى من أجل ذلك عنى الفقهاء بتلك الأحكام عناية فائقة . وتأتى أهمية تلك الأحكام أيضاً فى أنها تكشف عن اتجاه المحاكم الادارية فى تفسيرها لنصوص القوانين واللوائح والقرارات الإدارية .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى ٤ - ١١ - ١٩٤٧ ، مجموعة الأحكام السنة الثانية ص ٢٩ .

وقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن المبادىء العامة للقانون وهى مبادىء ليست مقننة طبعاً . تعتبر مصدر أساسياً للقواعد القانونية الملزمة للاداره فتقيد سلطاتها فى مواجهة الأفراد .(١)

وفى مصر خلص قانون إعادة تنظيم مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، ثم من بعده القانون ٥٥ لسنة ١٩٥٩ إلى أن جعل للمحكمة الإدارية العليا الكلمة النهائية فى تقرير مبادىء القانون الإدارى وتأصيل أحكامه . إذ عهد إليها بالتعقيب على الأحكام النهائية الصادرة من دوائر محكمة القضاء الإدارى أو المحاكم الإدارية ، فجعل من أسباب الطعن أمامها فى أحكام المحاكم الأخيرة مخالفة إحداها لحكم سابق حائز لقوة الشىء المقضى به(٢) .

ومعنى ذلك أن القاضى الإدارى إذا أراد أن يتفادى الطعن فى حكمه أمام المحكمة الادارية العليا عليه أن ينزل على مقتضى المبادىء التى قررتها فى أحكام سابقه فى أنزعة مماثلة ، فلا يخرج عنها ولا يتجاوز فحواها وإلا تعرض حكمه للإلغاء بعد ذلك عند الطعن فيه من ذوى الشأن .

على أنه يجب التنويه إلى أن حكم القاضى كأصل عام مهما كانت مكانته لا يرتفع إلى منزلة التشريع فليس للمحاكم وهى بصدد الفصل فى نزاع ما أن تطرح نصاً تشريعياً يقرر قاعدة معينة تنطبق على النزاع المطروح . وتستند إلى حكم معين يقرر قاعدة ما بدلا منه . فليس لحكم المحكمة السابق سوى قيمة أدبية محضة . لأن القاضى حين يصدر أحكامه العادية لا يسن قواعد قانونية تشريعية من الناحية الرسمية .

(ب) الفقــه

أما الفقه فيقصد به تلك الآراء التى يدونها ويستخلصها رجال الفقه من خلال دراستهم وأبحاثهم القانونية ، وكذلك من تعليقاتهم على أحكام

---

(١) د . طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون سنة ١٩٦٣ ، ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) د . طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٢١١ .

المحاكم . وهـــذه الآراء قد يتبناها المشرع بعد ذلك حين يشرع فى إصدار قانون ما . فتصبح قانونية ملزمة لا خلاف على وجوب إتباعها .

والفقه بصفة عامة هو خير معين للقضاء من الناحية الواقعية والأدبية ، لأنه حين يعكف على شرح النصوص وتفسيرها والتعليق عليها ويقارن بينها وبين غيرها من نصوص قوانين الدول الأخرى يكشف عن أحوال تطبيقها وظروف ذلك التطبيق ، كما يبين مواطن القصور والغموض فيها والتى يجب الانتباه إليها وهو فى ذلك يكون هادياً للقضاء وعونا له على تبيان حكم القانون الصائب فى الواقعة موضوع الدعوى .

وتبدو أهمية الفقه بوجه خاص فى ميدان القانون العام سيما القانون الإدارى ، لما أسلفناه من أنه لا يوجد تقنين شامل فى خصوص ذلك الفرع من فروع القانون ، فدور جليل وخطير لأنه يعمل على رد حـــلول التشريعات الجزئية والأحكام الفردية إلى أصول عامة قانونية تهيمن على المادة حتى تفهم بسهولة (١) .

ولا يغرب عن البال أن الفقه وهو يضطلع بالدور الهام الذى بينـــاه آنفـــاً ، فإنه رغم كل ذلك لا يعتبر مصدراً رسمياً من مصادر القانون الإدارى فكل ما له من نفوذ تلك القيمة الأدبية والسلطة المعنوية لدى القاضى فهو لا يحوز أية قيمة الزامية حتى على أصحابه أنفسهم .

الفصل الخامس

أساس القانون الإدارى

أو

نطاق تطبيقـــه

من المعلوم أن نشاط الإدارة العامة له صور عديدة وألوان شتى ، منها ما يتسم بطابع السلطة ، ومنها ما ينحسر عنه ذلك ، فيكون مثل تصرف الأفراد وبالتالى فلا يخضع نشاط الإدارة كله للقانون الإدارى وإنما منه ما

(١) الطماوى المرجع السابق ، ص ١٥ .

تخضع أيضاً لقواعد القانون الخاص ، فالنشاط الإدارى لا يستلزم تطبيق القانون الإدارى عليه إلا حين تقضى الظروف تطبيق أحكام قانونية من طبيعة خاصة ، أما فى غير ذلك من الأحوال فإن قواعد الشريعة العامة أى قواعد القانون الخاص هى التى تطبق .

من أجل ذلك فإن الأمر يستدعى أن نبين تلك الأحوال التى تبرر إنطباق قواعد القانون الإدارى، وبعبارة أخرى علينا أن نبين الأساس الذى تقوم عليه قواعد القانون الإدارى والتى تبرر انطباقه دون غيره من القوانين على نزاع ما تكون الإدارة طرفا فيه .

وتبدو أهمية بيان ذلك الأساس ليس فقط لتحديد أى القوانين يكون واجب التطبيق على نزاع ما هل هو القانون الإدارى أم غيره ، وإنما كذلك لتحديد الجهة القضائية المختصة فى البلاد الآخذة بنظام الازدواج القضائى . أى تتعدد فيها جهات القضاء كفرنسا وبلجيكا ومصر . حيث يوجد فى هذه البلاد إلى جانب المحاكم العادية التى تختص بنظر المنازعات العاديه محاكم أخرى تسمى محاكم القضاء الإدارى تختص دون غيرها بالمنازعات الإدارية والتى تكون فيها الجهات الإدارية طرفاً فى الدعوى .

وقد بذلت محاولات جادة فى هذا الصدد لرد قواعد القانون الإدارى إلى أصل مشترك والبحث عن فكرة أو نظرية واحدة تدور حولها كل قواعد القانون الإدارى ، فقيل بمعيار السلطة العامة ثم بنظرية المرفق العام . وها هو الفقه بعد ذلك يرجع إلى نظرية السلطة العامة مع إضفاء تعديلات عليها .

وسنعرض فى إيجاز لتلك المعايير كل منها على حده[1] .

---

(١) راجع فى ذلك على وجه التفصيل ، ثروت بدوى المرجع السابق ص ١٤٧ وما بعدها ، ويكاد يكون ذلك المؤلف هو الوحيد فى كتب الفقه العربى الذى أجاد التعمق فى هذه الدراسة .

أولا : معيار السلطة العامة

التفرقه بين أعمال السلطة وأعمال الادارة المالية

يكمن أساس القانون الإدارى ويتحدد نطاق تطبيقه وفقاً لهذا المعيار بالتفرقه بين نوعين من أعمال الإدارة ، أعمال السلطة ، وأعمال الإدارة المالية (١) .

فأعمال السلطة ، تلك التى تظهر فيها الإدارة وهى تتعامل مع الآخرين بمظهر السيادة والسلطان ، فهى حينئذ ترتدى رداء السلطة العامة . فتصدر الأوامر والنواهى والقرارات الملزمة اعتماداً على ما لها من السلطة والجبروت ، والذى تستمده من سلطة الدولة نفسها ، ومثال ذلك قرارات الضبط الإدارى التى تصدر للحفاظ على النظام العام ، والأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة ، فتقيد من حريات الأفراد وتجبرهم على الخضوع لأوامر الإدارة . أما حين تباشر الجهات الإدارة أعمالها المالية ، فإنها تخلع عن نفسها سلفاً رداء السلطة العامة ، فتتعامل مع الأفراد على قدم المساواة بينها وبينهم ، كما فى أعمال البيع والشراء مثلا ، فهى لا تستعمل سلطة ما فى مواجهة الأفراد حينئذ . وعليه فإن القانون الذى ينطبق حينئذ يكون هو القانون العادى ، أى القانون الخاص الذى ينطبق على المنازعات التى تدور بين الأفراد وليس القانون الإدارى ، .

أما عن الاختصاص القضائى فى البلاد التى تأخذ بنظام القضاء المزدوج كفرنسا ومصر ، فإن المحاكم العادية هى التى تختص دون غيرها بالفصل فى المنازعات التى تثور فى هذا المجال .

---

(١) وأساس هذه التفرقة يرجع إلى فكرة ازدواج شخصية الدولة ، ومضمونها أن الدولة تثبت لها شخصيتين فى آن واحد ، شخصية لها بوصفها سلطة عامة فتخضع للقانون العام الذى يقوم على أساس السلطة ، وأخرى بوصفهاالدولة المالية فتخضع بخصوصها للقانون الخاص ، وهى فكرة منتقدة .

راجع مؤلف ميشو فى نظرية الشخصية المعنوية باريس ١٩٣٢ ص ٣٠٦ وما بعدها مشار إليه فى مؤلف ثروت بدوى ، القانون الإدارى سنة ٧٦ ص ١٥٩ .

نقد معيار السلطة العامة :

يبدو معيار السلطة العامة معياراً واضحاً وجلياً ، ومع ذلك فهو يثير صعوبات جمة حين تحاول الأخذ به كأساس يقوم عليه صرح القانون الإدارى .

فقد ازدادت فى العصر الحديث وتعددت صور النشاط الإدارى حتى أصبح من المتعذر إجراء التفرقة بين تصرف يتسم بطابع السلطة العامة وآخر لا يطلق عليه ذلك الوصف فيخضع النزاع بشأنه للقانون الخاص ، وتختص بنظرة المحاكم العادية .

ويبدو ذلك جلياً فى مجال العقود التى تبرمها الإدارة ، فتارة تظهر فيها بمظهر السلطة العامة عن طريق تلك الشروط الاستثنائية الخارجة عن الشريعة العامة والتى تضمنتها تلك العقود ، وتارة أخرى لا تضمن عقودها تلك الشروط ، على ما سنرى تفصيلا عند دراسة العقد الإدارى .

وقد نجم عن الأخذ بهذا المعيار التضييق من دائرة اختصاص القضاء الإدارى فى وقت كان يتزايد فيه النشاط الإدارى يوماً بعد يوم ، ومن ثم فقد ولى القضاء ومن ورائه الفقهوجهها شطر معيار آخر ، فوجدوا ضالتهم فى معيار المرفق العام .

ثانيا : معيار المرفق العام

« مدرسة المرفق العام »

المرفق العام — وسيرد بيانه تفصيلا فيما بعد — حسب الراجح فى الفقه هو كل مشروع تقوم به الإدارة بنفسها أو تحت إشرافها من أجل تحقيق النفع العام [١] .

والمرفق العام تحكمه عدة مبادئ هامة تتمثل فى ضرورة سيره بانتظام وإطراد ، والالتزام بالمساواة بين المنتفعين وفى قابليته للتعديل والتغيير فى أى وقت ليواكب التطورات المختلفة .

(١) عبد المنعم محفوظ ، المرجع السابق ، ص ٨٠ .

ويعتبر حكم بلانكو حجر الزاوية فى بناء هذا المعيار . فهو الذى لفت أنظار الفقه إلى استخدام المرفق العام كأساس للقانون الإدارى ومناطاً لتطبيق أحكامه [١] .

وتتلخص وقائع هذا الحكم الشهير فى أن الطفلة (بلانكو) كانت قد أصيبت من الاصطدام بإحدى السيارات التابعة لإحدى مصانع الدخان . فأقام ذووها دعوى للمطالبة بتعويض عن تلك الإصابة الناشئة عن الفعل الضار ، وقد قطع نظر الدعوى شوطاً طويلا وصدرت فيها أحكام عديدة ، حتى عرض الأمر على محكمة التنازع الفرنسية لتقول فى الخصومة كلمتها . ولقد كان من شأن تطبيق المعيار الأول الخاص بالتمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية أن ينعقد الاختصاص للمحاكم العادية المدنية وحدها ، ولكن محكمة التنازع أقرت اختصاص القضاء الإدارى (مجلس الدولة) بنظر النزاع تأسيساً على فكرة المرفق العام ، بحسبان أن الفعل الضار الذى أصاب الطفلة كان متصلا اتصالا وثيقاً بنشاط مرفق عام ألا وهو مصنع الدخان .

وقد تتابعت الأحكام بعد ذلك فى تثبيتها لهذا المعيار كأساس لانطباق القانون الإدارى وتحديد مجاله حتى أن القضاء المدنى نفسه قد التقى مع القضاء الإدارى فى ذلك ، وكان من أبرز هذه الأحكام حكم « تيريه » فى ١٩٠٣/٢/٦ وهو لطرافته نقص وقائعه .

تتلخص وقائع هذا الحكم [٢] فى أن مجلساً بلدياً قد أعلن عن رصد

(١) وهذا الحكم قد نشر فى مجموعة مجلس الدولة الفرنسى سنة ١٨٧٣ فى الملحق الأول الخاص بأحكام محكمة التنازع ص ٦١ ، وكذلك بالتفصيل فى مجموعه أحكام المبادئ الكبرى للقضاء الإدارى الطبعة الخاصة سنة ١٩٦٩ ص ٧ وما بعدها .

وجدير بالذكر أن حكم « روتشيلد » فى ٦ / ٢ / ١٨٥٥ كان أسبق من حكم بلانكو وقد استند أيضاً إلى معيار الرفق العام ، حتى أن مفوض الدولة فى قضية بلانكو قد ساق فى تقريره العبارات التى أوردها حكم « روتشيلد » ، ولكن حكم بلانكو هو الذى بهر أنظار الفقه فاستخلص منه معيار المرفق العام .

(٢) منشور فى مجموعة أحكام المبادئ الكبرى للقضاء الإدارى ، المرجع السابق ص ٤٩ وما بعدها . وكذلك مجلة سيرى ١٩٠٣ ، . . القسم الثالث ص ٢٥

مكافأة مالية تمنح لكل شخص يساهم فى الحملة التى شنها أولو الأمر فى المدينة للتخلص من الثعابين الشرسة التى راحت تروع الأفراد الآمنين وتهدد السكينة والصحة العامة ، وقد أبدى سكان تلك المدينة تعاوناً جاداً وظاهراً فى مكافحة تلك الثعابين وتعقبها حتى أن بند المكافآت قد نفذ .

تقدم السيد « تيريه » إلى المجلس البلدى يطالب بمنحه المبلغ المقرر عن عن الثعابين التى قام باصطيادها . ولكن طلبه باء بالرفض لنفاذ الاعتماد المخصص لذلك ، فلم يتقاعس وإنما تقدم بشكواه إلى القضاء طالباً إنصافه ومنحه المكافأة التى تستحق له .

وبعد نظر الدعوى خلص مجلس الدولة إلى اختصاصه بنظر الدعوى دون القضاء العادى ، وإلى أحقية المدعى فى طلبه ، وأسس قضاءه على أن الوعد بجائزة من جانب المجلس البلدى قد تضمن قبولا من المدعى بصيده للأفاعى ، ومن ثم فقد انعقد بينهما عقد محله القضاء على تلك الأفاعى الضارة لقاء الجعل المادى المرصود والمعلن عنه . وأن العقد يتصل بمرفق عام .

وكان من آثار هذا الحكم وما تلاه من أحكام متعددة أن صار معيار المرفق العام هو المعيار السائغ لدى القضاء يتجدد صداه يوماً بعد يوم . حتى تحمس له الفقه بدوره سيما أعلامه (ديجى وجيز وبونار) لدرجة أنهم كونوا مجموعة باسم « مدرسة المرفق العام» نظراً لتشيعها وحبها الشديد لذلك المعيار، بل اعتبروا الدولة ذاتها مجموعة من المرافق العامة والقانون الإدارى هو قانون المرافق العامة .

نقد نظرية المرفق العام

تعرضت هذه النظرية بدورها للهجوم الشديد من جانب أنصار معيار السلطة العامة على الرغم من النجاح الذى صادفته طوال النصف الأول من هذا القرن .

وتخلص أوجه النقد فى أنه معيار قاصر وثانياً غير دقيق .

أولا : معيار ناقص أو قاصر .

فالمعيار المذكور يتخلى عن موضوعات هامة من موضوعات القانون الإدارى ومن ثم فهو ليس جامعاً لها ، فحصر ميدان ذلك القانون ونطاقه فى دائرة المرافق العامة فقط ليس له سند يبرره بل يخالف الواقع العملى . فنشاط الإدارة العامة ليس محدوداً بعمل المرافق العامة وإنما توجد له ألوان أخرى . ومع ذلك فهى من صميم عمل الإدارة ، بل من أهم واجباتها ، ومثالها الضبط الإدارى . ذلك اللون من النشاط الذى تهدف فيه الإدارة إلى المحافظة على النظام العام بشعبه الثلاثة الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة على ما سيرد تفصيلا عند دراسة موضوع الضبط الإدارى .

وموضوعات الضبط الإدارى من الموضوعات الداخلة فى رحاب القانون الإدارى ، كما أن القضاء الإدارى يختص بنظر المنازعات الناشئة عن ذلك فى بلاد القضاء المزدوج .

ثانيا : معيار غير دقيق.

ليس من شأن كل نشاط يصدر عن مرفق عام أن يستتبع بالضرورة تطبيق أحكام القانون الإدارى واختصاص المحاكم الإدارية ، فالمرفق العام قد يرى القائمون عليه أنه من الملائم بالنسبة لبعض تصرفاته أن يسلك سبيل القانون الخاص فى تعامله مع الأفراد ، وحينئذ يستبعد تطبيق أحكام القانون الإدارى ، مع أن الأمر يتعلق بإحدى المرافق العامة .

ويتضح ذلك بصفة خاصة فى مجال العقود الإدارية ، فقد يرى المسئولون عن إدارة المرفق العام أن سبيل العقود المدنية أقرب نفعاً للمرفق العام من اختيار طريق العقد الإدارى . ومن ثم فليس من شأن وجود مرفق عام طرفاً فى العلاقة العقدية هو انطباق القانون الإدارى وقواعده حتما .

ثالثاً : ظهور المرافق الاقتصادية واهتزاز نظرية المرفق العام .

كان من نتيجة انتشار الأفكار الاشتراكية وتدخل الدولة فى المجالات الاجتماعية والاقتصادية أن ظهرت غداة الحرب العالمية الثانية كثير من

المرافق العامة ذات طابع تجارى أو صناعى محض ، تهدف إلى تحقيق مصلحة اقتصادية للدولة ، والسمة المميزة لتلك المرافق أنها لا تتبع أسلوب القانون العام كأصل عام ، وإنما تلجأ إلى اتباع أساليب القانون الخاص مثلها فى ذلك مثل المشروعات الخاصة تماماً .

ونظراً لكثرة هذه المرافق وذيوعها فى العصر الحديث فقد أصبح من المتعذر أن نفرق بين المرافق العامة بالمعنى التقليدى والتى ينطبق عليها القانون الإدارى ، والمرافق العامة الاقتصادية التى تنتهج أصلا أسلوب القانون الخاص وتنفر من اتباع أساليب القانون العام ، فحدث الخلط بين نوعى المرافق العامة لدرجة أصبح يتعذر معها تحديد معالم كل منها على وجه الدقة لتطبيق القانون المناسب عليها ؛ القانون العام أو القانون الخاص وهو ما سمى بأزمة نظرية المرفق العام .

وقد بذل الفقيه لوبادير من جانبه وهو من أعلام القانون الإدارى فى العصر الحديث محاولات مستميتة لإسعاف تلك النظرية ، ومحاولة بعث الحياة فيها فذهب إلى أن المرافق العامة بالمعنى التقليدى هى التى تلجأ إلى وسائل القانون العام ولا تلجأ إلى وسائل القانون الخاص .

ولكن إزاء الهجوم الشديد عليها لم يستطع أنصارها الصمود والبقاء على حبهم وولائهم لها ، فولوا عنها مدبرين تاركين إياها من خلفهم ، إلا فئة قليلة منهم استمسكت بها وأصرت على البقاء معها .

وفى هذا يقول الدكتور ثروت بدوى « انصرف أغلب الفقه يبحث عن معيار جديد للقانون الإدارى ، بينما وقفت قلة من المخلصين لمعيار المرفق العام تجمع حطامه ، وتلم شتاته ، فى محاولة يائسة لإعادة البناء . »[1]

وكان العميد vedel فيدل من أبرز المهاجمين وأعتاهم حتى استطاع بمعوله أن يهدمها باعتبارها صرح القانون الإدارى ، وولى وجهه شطر معيار السلطة العامة باعثاً له من مرقده معيداً له قوته .

(١) ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٢٢٠ .

ثالثا : معيار فالين : المنفعة العامة

يرى فالين أن البحث فى أساس القانون الإدارى يستلزم بداءة استبعاد فكرة المرفق العام والسلطة العامة من مجال البحث ، ويقول بأن فكرة النفع العام هى أجدى من كل ذلك فهى غاية القانون الإدارى وأساسه .

فالدولة بأجهزتها الإدارية المختلفة لا تتولى تصريف الشئون العامة لحسابها الخاص ولا تتبع وسائل السلطة العامة لأغراض ذاتية ، ولكنها على العكس تباشر وظائفها بأساليبها الخاصة باسم جماهير الأفراد فى الدولة ، بقصد تحقيق النفع العام لأفراد الجماعة وطنيين وأجانب .

ولما كانت القاعدة القانونية تدور مع غاياتها أياً كانت الوسيلة المتبعة ؛ فيجب أن تتخذ من فكرة النفع العام أساساً للقانون الإدارى . فهذه الفكرة تمثل الهدف النهائى التى تسعى قواعد القانون الإدارى إلى تحقيقه . ولا يكون صحيحاً حينئذ أن ندعى بأن المرفق العام هو أساس للقانون الإدارى ، لأن المرفق العام ليس إلا وسيلة من مجموعة الوسائل التى تتبعها السلطات الإدارية لتحقيق النفع العام[١] .

إنتقاد هذا المعيار :

على أن هذا المعيار بدوره قد وجهت إليه الانتقادات الآتية : –

أولا : أن تحقيق النفع العام وإن كان من أول مهام الإدارة ، إلا أن ذلك ليس أمراً مقصوراً عليها وإنما يشاركها فى ذلك أشخاص القانون الخاص ، أفراداً وجماعات خاصة فى تحقيق هذا الغرض .

ثانياً : أن هذه الفكرة فكرة عامة وغير محددة بحيث يسوغ اتخاذها أساساً للقانون بأسره ؛ سواء كان قانوناً عاماً أو قانوناً خاصاً ، فهى ليست حكراً على القانون العام وحده .

ثالثاً : أنه معيار قاصر لأن الإدارة العامة وهى فى سبيل تحقيقها للنفع العام قد تلجأ إلى اتباع أسلوب المشروعات الخاصة ، مما يخرجها تماماً عن نطاق القانون الإدارى رغم اتصال نشاطها بدائرة النفع العام .

(١) انظر فى عرض هذا المعيار د. طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٧٩ ، ٨٠

التطورات الحديثة بشأن أساس القانون الإدارى
(الاستعانة بفكرة السلطة العامة)

إزاء ما أصاب فكرة المرفق العام من تصدع جاهد الفقه لالتماس أساس جديد يشيد عليه صرح القانون الإدارى ، ويصلح أيضاً أساساً لاختصاص القضاء الإدارى ، فذهب الاتجاه الجديد وعلى رأسه كبار أساتذة القانون الإدارى (ريفيرو وفيدل ثم انحاز إليهما فالين أخيراً) إلى أنه ليس من اليسير إيجاد معيار للقانون الإدارى يوجد بوجوده دون الاستعانة بفكرة السلطة العامة والتمسك بها . وخلاصة هذا الاتجاه — والذى ينطلق من مفهوم خاص مؤداه أن الإدارة العامة تمثل مجموع أنشطة السلطة التنفيذية وتباشر اختصاصها بوصفها سلطة عامة — هو أن القانون الإدارى باعتباره قانون الإدارة العامة ليس إلا قانون السلطة العامة ، وسواء كانت هذه السلطة فى أجلى مظاهرها ، أو منكمشة نوعاً ما أى تتعامل مع الآخرين وهم الأفراد على قدم المساواة ، فنشاطها يظل أيضاً مرتبطاً بفكرة السلطة العامة هادفاً فى الحالين إلى تحقيق الصالح العام [١] .

وليس معنى ذلك هو العودة من جديد إلى معيار السلطة العامة . ذلك الذى يفرق بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة المالية ، وإنما المقصود هو أن الهيئات الإدارية حين تباشر أوجه نشاطها كسلطة عامة (كما لو استعملت وسائل القانون العام ، فإنها تصبح شخصاً من أشخاص القانون العام وتنطبق عليها بالتالى قواعد القانون الإدارى ، على أساس أن الأسلوب الذى اتبعته فى نشاطها كان هو أسلوب السلطة العامة .

وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسى حين قضى بأن الدولة حين تتولى إدارة مرفق اقتصادى تكون فى نفس منزلة المقاول العادى إزاء العملاء ، اللهم إلا إذا عثر على شروط خاصة تضفى على العقود المبرمة بين الإدارة والأفراد صفة العقود الإدارية وهى التى تستخدم فيها أسلوب السلطة العامة

---

(١) طعيمة الجرف . المرجع السابق ص ٦٨ .

من جانب الإدارة باعتبارها طرفاً فى العقد ، فتنص على شروط استثنائية لا تجدها فى العقود العادية كحقها مثلا فى توقيع جزاء على المتعاقد معها .

وقد ذهب هوريو من قبل فى بيانه لذلك الإتجاه الجديد إلى أن العنصر الأساسى فى تعريف النظام الإدارى والقانون الإدارى هو أن النشاط الإدارى ليس محصوراً فى إدارة المرافق العامة ، بل هو يشمل وجوهاً أخرى كالضبط الإدارى ، وخلص إلى أن فكرة السلطة العامة هى أساس القانون الإدارى فهى التى تهيمن على مبادئه وتدور أحكامه حولها [١] .

والسلطة بمعناها الحديث ليست مجرد امتيازات للإدارة . وإنما هى أيضاً مجموعة من الالتزامات أو القيود كتلك التى تفرض عليها حين تقوم بالتصرف فى المال العام . أو التى تقيد نشاطها بأن يكون هادفاً تحقيق الصالح العام فلا يتجاوز إطاره ، أو تقيد إختيارها للعاملين بقيود لا يمكنها الخروج عليها .

ولئن كان الفقه المعاصر سواء فى فرنسا أو فى مصر قد يمم وجهه شطر معيار السلطة العامة فى شأن تحديد مجال انطباق قواعد القانون الإدارى ، فإن الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسى ومحكمة التنازع ما تزال فى صياغتها تشير إلى معيار المرفق العام وتستخدمه .

موقف القضاء المصرى [٢]

أما القضاء فى مصر فإنه يتردد بين معيار المرفق العام والسلطة العامة فى أحكامه المتنوعة ، فى منازعات القرارات الإدارية والعقود الإدارية والموظفين العموميين والمؤسسات العامة .

فى تعريفه للموظف العام وأخذ معيار المرفق العام . فقد تواترت أحكام القضاء الإدارى فى تعريف الموظف العام بأن كل من يعهد إليه

---

(١) راجع مؤلفه موجز القانون الإدارى الطبعة الحادية عشر والثانية عشر تحت عنوان السلطة العامة والمرفق العام سنة ٢٦ مشار إليه فى ثروت بدوى .. المرجع السابق سنة ٨٠ ص ٢١٩ .

(٢) راجع فى ذلك طعيمة الجرف ص ٨٤ وما بعدها .

بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام ، عن طريق شغله منصباً يدخل في التنظيم الإداري لهذا المرفق [١] .

وفي صدد المؤسسات العامة قررت محكمة القضاء الإداري أن كلا من البنك العقاري الزراعي وبنك الائتمان العقاري يعتبر أن من المؤسسات العامة ، ويقومان على مرفق عام يتمثل في تقديم قروض عقارية من مال الدولة لصغار الزراعيين بشروط ميسرة إنقاذاً لهم من غول المرابين .

وأن إدارة النقل المشترك لمدينة الإسكندرية وهي تقوم على خدمة مرفق عام هو مرفق النقل العام لمدينة الإسكندرية وضواحيها تعتبر مؤسسة عامة .

وفي حكم آخر عولت تلك المحكمة على معياري المرفق العام ومعيار السلطة العامة معا فقررت في حكمها الصادر في ٥ / ١٢ / ١٩٦١ أن تخويل الكنيسة بعض مظاهر السلطة العامة ليس من شأنه وحده أن يضفي عليها صفة المؤسسة العامة ، فلا يوجد ما يمنع أن يمنح القانون بعض الهيئات أو الشركات بعض مظاهر السلطة العامة كشركات الالتزام بالمرافق العامة محتفظة بخصائصها كشركة ولا تتحول بهذه المظاهر فقط من شركة إلى مؤسسة عامة إذ ليست مظاهر السلطة المعيار الوحيد في هذا الشأن .

وفي صدد العقود الإدارية ترددت أيضاً بين معياري المرفق العام والسلطه العامة ، فهناك عقود إدارية وهي عقود المرافق العامة تتحدد على أساس إتصالها بالمرفق العام . وهناك عقود أخرى خارج نطاق المرافق العامه تتحدد طبيعتها القانونية على أساس فكرة السلطة العامة لتضمينها شروطاً غير مألوفة في عقود الأفراد مع بعضهم .

---

(١) فعلى سبيل المثال حكمه في القضاء الإداري في ٢١ / ٥ / ١٩٦١ مجموعة المبادئ قررتها المحكمة في ١٥ سنة ١٩٤٦ — ١٩٦١ الجزء الثالث ص ٢٧٠٨ ، ٢٧١٠ وعلى سبيل المثال أيضاً حكم المحكمة العليا في ١٩ / ١٢ / ١٩٥٩ الطعن رقم ٤٦٥ السنة ٥ ق ص ١١٨ .

ثم عادت المحكمة عن هذا الاتجاه لتجمع بين فكرتى المرفق العام والسلطة العامة معاً فى شأن تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإدارى فقررت فى حكمها المؤرخ فى ٢٠ / ١٢ / ١٩٦٤

« إن العقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه ، وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص .

ولما كان المعيار المميز للعقد الإدارى لما عداه من عقود القانون الخاص التى تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقدين هو موضوع العقد نفسه متى إتصل بالمرفق العام على أيه صورة من الصور ، سواء كانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة أو المساهمة فى ذلك أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد مشتركاً فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المتضمنة فى العقد » [١] .

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة القضاء الإدارى فى خمس سنوات ، ص ٤٥٦ .

القسم الأول
تنظيم الإدارة ووظائفها

نتناول فى هذا القسم بيان الهيكل الرئيسى الذى يقوم عليه بيان الإدارة العامة والوظائف الهامة التى تضطلع بها أو ما يسمى بنشاط الإدارة العامة .

وعلى ذلك فإن دراستنا لهذا القسم ستكون موزعة على ما بين :

الأول : التنظيم الإدارى أو تنظيم الإدارة العامة .

الثانى : وظائف الإدارة أو ما يسمى بنشاط الإدارة العامة .

الباب الأول
التنظيم الإدارى

حظى موضوح تنظيم الإدارة العامة أو « التنظيم الإدارى » فيما مضى باهتمام فقه القانون العام فى مصر فعكف عليه بالبحث والدراسة التفصيلية ، ويعزى ذلك إلى أن هذا الموضوع كان يمثل أهم المواطن فى دراسة القانون الإدارى الناشىء . فلم تكن موضوعاته الأخرى قد احتلت بعد مكان الصدارة فى مؤلفات القانون الإدارى كموضوع القرارات والعقود الإدارية وموضوع القضاء الإدارى والموظفين العمومين وغير ذلك من الموضوعات ..

وتنظيم الإدارة العامة فى بلدها يرتبط إلى حد كبير بالوضع السياسى الكائن داخل الدولة ، فكلما كانت جذور الديمقراطية متأصلة فيها أدى ذلك إلى ازدهار اللامركزية الإدارية والعكس صحيح ، ومن ناحية أخرى فالسلطات التى يتمتع بها رئيس الدولة هى بدورها تختلف مداها ضيقاً واتساعاً بحسب نوع النظام الديمقراطى السائد . فحيث يسود نظام الديمقراطية النيابية البرلمانية نجد إنحساراً فى السلطات التى يتمتع بها رئيس الدولة ، أما حيث تكون بصدد نظام الديمقراطية الرياسية أو النظام الرياسى فإن سلطات الرئيس تزداد اتساعاً حتى تكاد تتركز فى يده مظاهر السلطة التنفيذية . فهى « مجموعة ضخمة هائلة من السلطات تجعل قيصر وجنكيزخان ونابليون يقضمون أظافرهم حسرة وغيرة »(١) .

ويجدر بنا أن نلفت النظر إلى أنه فى صدد التنظيم الإدارى فإن بعض الشراح يحلل التنظيم الإدارى بأنه يحتوى على مدلولين : —

الأول : مدلول فنى — ومعناه بيان الأساليب الفنية الخاصة بترتيب وتنسيق الأجهزة الإدارية وكيفية سيرها . ومن ثم يقترب هذا المدلول من علم الإدارة العامة . .

---

(١) هذه العبارة كانت تتردد فى خطب الرئيس ترومان فى وصفه للرئاسة . راجع محمد كامل ليلة . النظم السياسية سنة ١٩٦٧ ص ٥٧٦ .

الثانى : مدلول تطبيقى أو صنى ؛ ويقصد به دراسة النظام الإدارى الكائن أو الأجهزة الإدارية الموجودة من حيث تشكيلها وأهدافهـــا واختصاصاتها . . . . . الخ . .

وللدلالة على المدلول الأول الفنى يستخدم اصطلاح « التنظيم الإدارى » .

وللدلالة على المدلول الثانى التطبيقى يستخدم اصطلاح «النظام الإدارى»[١]

على أنه وإن كان علم الإدارة العامة قد صار علماً مستقلا ويدرس فى كليات الحقوق كمادة مستقلة ، إلا أن الصلة ليست منبتة بينه (باعتباره علم التنظيم الإدارى) وبين القانون الإدارى باعتباره يضم أصول النظام الإدارى [٢] .

وعليه بأننا فى دراستنا لتنظيم الإدارة العامة نجمع بين المعنيين السابقين التنظيم الإدارى والنظام الإدارى ، وذلك بهدف بيان وعرض النظم المختلفه فى تنظيم الإدارة والأساليب التى تمارس بها الأجهزة الإدارية وظيفتها . ودراسة التنظيم الإدارى يقتضى بداءة أن نبحث فى كنه الأشخاص الإدارية التى يقوم عليها هذا التنظيم ، وهو ما يجرنا إلى دراسة نظرية الأشخاص المعنوية العامة ، وتقتضى دراسة التنظيم الإدارى فى بلد معين أن نبحث أيضاً عن الأسلوب والمظهر الذى تنتهجه السلطة التنفيذيه فى مباشرة مهامها . هل هو إسلوب مركزى أو أسلوب لا مركزى .

وعلى ذلك فإننا نوزع دراستنا لهذا الباب على فصول ثلاثة .

الفصل الأول : ندرس نية الأشخاص الإدارية .

الفصل الثانى : أصول التنظيم الإدارى .

الفصل الثالث : النظام الإدارى فى مصر واليمن .

---

(١) راجع د. محمد فؤاد مهنا القانون الإدارى المجلد الأول ، طبعة ٦٣ ـ ٦٤ ص ٤٤٠ ومابعدها ، ولتعليق الدكتور ثروت بدوى على ذلك فى مؤلفه القانون الإدارى طبعة ٧٣ ص٢٧٩

(٢) عبد المجيد عبد الحفيظ مذكراته سالفة الذكر ، ص ٣٩ .

الفصـــل الأول

(الأشخاص المعنوية العامة)

« تمهيـد وتقسيم » : —

فى مجال القانون العام والقانون الإدارى تحتل دراسة الشخصية المعنوية أهمية بالغة أكثر من أهميتها فى نطاق القانون الخاص ، لأنه فى نطاق القانون الأخير لا تشغل دراسة الأشخاص المعنوية إلا أهمية ثانوية لأن الأشخاص الطبيعيين لهم الغلبة فى نطاق هذا النوع من فروع القانون . .

أما بالنسبة لميدان القانون العام فلا ترى إلا الأشخاص المعنويين وحدهم فهم الذين تعهد الدولة إليهم بممارسة الوظائف المتنوعة المنوطة بها . صحيح أن الذى يمارس الوظائف والاختصاصات من الناحية الواقعية هم الموظفون . إلا أن أثار هذه التصرفات والأعمال إنما تنصرف إلى الشخص المعنوى ، لأن الموظفون إنما يمارسون أعمالهم لحساب الأشخاص الإدارية أى الأشخاص المعنوية العامة كالدولة والمحافظات والمؤسسات العامة . وفى دراستنا لهذا لهذا الفصل نوزع بحثه كما يلى : —

المبحث الأول : نظرية الشخصية المعنوية بوجه عام .

المبحث الثانى الأشخاص الإدارية أو الأشخاص المعنوية العامة .

المبحث الأول : نظرية الشخصية المعنوية

فإن دراسة نظرية الشخصية المعنوية تدخل أصلا فى رحاب دراسات المدخل للعلوم القانونية بالرغم من الأهمية التى ذكرنا للشخصية المعنوية فى نطاق القانون العام .

ولكننا تبصيراً للدارسين وتوطئة لدراسة الأشخاص المعنوية العامة نرى الإحاطة فى إيجاز بمضمون نظرية الشخصية المعنوية ، سيما وأن دراستها فى حد ذاتها تمس من قريب أو بعيد أشخاص القانون العام . .

وسندرس أولا فحوى هذه النظرية . ثم المذاهب المختلفة التى قيلت فى تفسيرها . .

١ — فحـــوى النظريـــة

تطلق الشخصية المعنوية فى القانون على كل مجموعة من الأشخاص تستهدف غرضاً مشتركاً أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين ، فتصبح هذه المجموعة من الأفراد أو الأموال فى حد ذاتها من عداد الأشخاص الأشخاص القانونية لتمتعها بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية المستقلة . .

أى أنها تصبح متمتعة بالأهلية القانونية تماماً كالأشخاص الطبيعيين فتكون أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات .

وعليه فإن يسمح للشخص المعنوى بأن يتملك ويتعاقد وأن يقاضى ويقاضى مثله مثل الأشخاص الآدميين تماماً .

وتنقسم الأشخاص المعنوية إلى قسمين : —

١ — الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات والجمعيات الخاصة وهى تخضع أصلا للقانون الخاص .

٢ — الأشخاص الاعتبارية العامة كالدولة ، وهى تخضع للقانون العام .

وقد ظهرت فكرة الشخصية المعنوية لأول مرة فى القرن التاسع عشر بفضل المدرسة الألمانية ثم انتقلت منها إلى فرنسا ، حيث استخدم فيها هذا الاصطلاح لأول مرة فى القانون البلدى الصادر فى ١٥ / ٤ / ١٨٨٤ . ثم تواتر بعد ذلك استخدامه فى حيثيات أحكام محكمة النقض ومجلس الدولة الفرنسيين [١] .

ويرجع الفضل إلى هوريو فى إدخال هذه النظرية إلى رحاب القانون الإدارى وميدانه فهو أول من أثارها فى عام ١٨٩٤ .

---

(١) طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

٢ — المذاهب التى قيلت فى تفسير نظرية الشخصية المعنوية

أثارت هذه النظرية التى يمتزج فيها القانون بالفلسفة جدلا كبيراً بين الفقهاء حول طبيعتها ، فقد رأى بعضهم أنها عبارة عن افتراض قانونى من المشرع تبرره ظروف خاصة . بينما يذهب آخرون إلى أنها حقيقة خالية من الافتراض ويذهب فريق ثالث إلى إنكار الشخصية المعنوية تماماً لأنها فى نظرهم لا قيمة لها افتراضاً أو حقيقة .

وسنعرض فى إيجاز لنظرية المجاز ثم لنظرية الحقيقة .

(١) نظرية المجاز

يذهب أصحاب هذه النظرية وعلى رأسهم الفقيه الألمانى الكبير سافينى Savigny إلى أن فكرة الشخصية المعنوية هى مجـــرد حيلة قانونية من ابتداع المشرع . لأن الشخصية لا تكون إلا للإنسان أما منحها للدولة والشركات والجمعيات وغيرها فهو من قبيل الخيال والافتراض .

ومن ثم فالأشخاص المعنوية ليست أشخاصاً اعتبارية أو افتراضية أو خيالية .

فالشخص المعنوى لا يتمتع بإرادة ذاتية بحكم انعدام ملكاته الذهنية ، ومن ثم فلا يوجد إلا على سبيل المجاز بقصد تمكين بعض التجمعات أشخاصاً كانت أو أموالا من تحقيق هدف معين . ووجوده يتوقف دائماً على إردة المشرع ، وقبل صدور هذا الاعتراف من جانب الدولة لا توجد أية شخصية معنوية لمجموعة من الأشخاص أو الأموال :

وعليه فإن المشرع هو الذى يخلق الشخص المعنوى كما يستطيع أن يفرض عليه ما يشاء من القيود بل وأن يسحب منه هذه الشخصية الافتراضية فتنقضى الشخصية المعنوية عندئذ .

ويرى أنصار هذه النظرية والتى انضم إليها كل من ديجى وجيز وبونار ضرورة الإبقاء عليها رغم ما فيها من افتراض ، لما لها من فوائد جمة منها

أنها أفادت النظم السياسية المعاصرة إذ أمكن عن طريقها نقل السلطة العامة ومظاهرها من يد الحكام المستبدين إلى الدولة أو الأمة ، بعد أن كانت تلك السلطة فى الماضى بمثابة حقوق شخصية للحاكم يدعى أنه قد استمدها من الله ويمارسها بتفويض إلهى مباشر أو غير مباشر إن لم يكن بقوة السيف .

وقد أثيرت عدة اعتراضات على هذه النظرية نوجز فيما يلى : —

١ — أنها لا تقدم تفسيراً سائغاً يوضح لنا الأساس القانونى الذى بمقتضاه تمتلك الأشخاص المعنوية أموالها . فهذه الأموال قد خرجت من ملكية الأفراد الطبيعيين الذين يكونون الشخص المعنوى ومن ناحية أخرى لايستساغ أن تدعى بملكية الشخص المعنوى لها لأنه مجاز محض ، والنتيجة أن هذه الأموال تغدو بغير مالك .

٢ — بالنسبة لمسئولية الشخص المعنوى :

نظراً لانعدام الإرادة لدى الشخص المعنوى (الإرادة الذاتية) فإنه لا يمكن تصور مسئوليته جنائياً أو مدنياً مثل الأفراد .

٣ — إذا كانت الدولة هى التى تخلق الأشخاص المعنوية بالاعتراف بوجودها كما تتحكم فى أهليتها وفى انقضائها . فكيف تفسر الشخصية المعنوية لا وجود للشخص المعنوى دون ترخيص سابق من الدولة .

وإزاء هذا الاعتراض ذهب بعض أنصار نظرية المجاز لما أحسوا ضعف موقفهم إلى استثناء الدولة ، قائلين بأنها الشخص المعنوى الوحيد الذى له وجود حقيقى ، وقد ثبتت لها تلك الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها .

(ب) نظرية الحقيقة

مضمون النظرية : —

تطرح هذه النظرية جانباً فكرة الشخصية المجازية وتقول أن الشخص المعنوى هو حقيقة واقعية وليس افتراضاً أو مجازاً من صنع المشرع . وللتدليل على ذلك يقول أصحابها أن الأمر يتضح حين نتصور اجتماع عدة أفراد لتحقيق

غرض معين فإنه يتكون لديهم شعور جماعى مستقل عن شعور كل فرد منهم . وحينئذ ينشأ عن ذلك ودون تدخل من المشرع شخص قانونى جماعى له شعوره الذاتى وإرادته المستقلة التى يتولى التعبير عنها من يمثله قانوناً .

وعليه فإن الشخص المعنوى يوجد تلقائياً ودون اعتراف سابق من المشرع على خلاف نظرية المجاز — ، وإن كان ذلك لا ينفى إمكانية تدخل المشرع لمراقبة نشاط الشخص المعنوى كما يراقب الأفراد الطبيعيين .

أدلة القائلين بها :

على أن أنصار هذه النظرية وإن اتفقوا على مضمونها ، فإنهم قد ذهبوا مذاهب شتى فى التدليل على رأيهم .

ففريق يرى أن الشخص المعنوى كالإنسان تماماً من حيث تمتعه بإرادة ذاتية ، ولكن إرادة الشخص المعنوى يعبر عنها إرادة الأعضاء المكونين له . إذ تتفاعل إرادتهم لتنصهر فى إرادة واحدة تعبر عن المصلحة المشتركة التى جمعتهم .

وفريق آخر ذهب إلى القول بأن الشخص فى القانون هو من يكون أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وفقاً لهذا المعنى فلا يلزم أن يكون الشخص فى القانون مرادفاً للشخص الطبيعى ، ومن ثم يتمتع الشخص المعنوى بوصف الشخص قانوناً طالما كان أهلا لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ، مثله فى ذلك مثل الشخص الطبيعى غير كامل الأهلية كالقاصر ، لا يستطيع أن يعبر عن إرادته بنفسه ، فيكون هناك من يمثله قانونياً ليتولى التعبير عن تلك الإرادة .

ويؤيدون مذهبهم بأن طائفة العبيد فى المجتمعات القديمة لم يكن يعترف لها بالأهلية القانونية — اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات — رغم أنهم من عداد الأشخاص الطبيعيين .

ومن ناحية أخرى فإن الشخصية القانونية للإنسان الطبيعى قد تبقى له أحياناً بصفة مؤقتة رغم وفاته ، وذلك ريثما يتم تصفية تركته وسداد ما قد

يكون عليه من ديون (وذلك أمر مقرر فى الشريعة الإسلامية إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون) .

ثانيا : المنكرون لفكرة الشخصية المعنوية [١]

ذهب البعض إلى إنكار فكرة الشخصية المعنوية بدعوى أنها فكرة عديمة الأهمية ، بل وينبغى الاعتراض عليها إذا قيل بها ، بل لقد ذهب الفقيه جيز فى تأكيده لذلك بعبارة مأثورة بأنه لم يسبق أن جلس على المائدة وتناول وجبة مع شخص معنوى .

وقد انقسم هؤلاء فى التدليل على رأيهم إلى فريقين :

فيرى (اهرنج[٢]) ومن معه من كبار الفقهاء الفرنسيين أمثال بلانيول وبارتلمى أنه لا ضرورة لفكرة الشخصية المعنوية ، وبل يستعاض عنها بفكرة أبسط منها وهى فكرة « الملكية المشتركة » أى أن المال يكون مملوكاً للجماعة كلها معاً كأنها فرد واحد بحيث لا يستطيع أى منهم التعامل فى المال أو فى حصة منه ، وإنما يتعامل فيه بالاتفاق مع الآخرين . (٢)

ومن شأن ذلك أن يستغنى عن فكرة الشخصية المعنوية لأن فكرة الملكية المشتركة تفسر لنا النتائج التى نريدها من وراء فكرة الشخصية المعنوية .

ولكن يؤخذ على هذا الرأى ما يلى : —

١ — أنه لا يقدم تفسيراً شاملا لكل النتائج التى ترتب على الأخذ بالشخصية المعنويه فهو لم يفسر سوى النواحى المالية وحدها .

فالدوله مثلا لا تقتصر أهدافها على النواحى الماليه فقط ، وإنما تستهدف غايات أخرى قد تسمو عن مجرد غرض تحقيق المال .

٢ — إذا كانت فكرة الملكية المشتركة تفسر وجود الأشخاص المعنوية

---

(١) من أشد خصوم نظرية الشخصية المعنوية (الفرنج وديجى وبلانيول ، وبارتلمى ، وبوناز د وجيز) . انظر طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ١٢٩ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ، مبادئ القانون ١٩٧٧ ، ص ٤٢٣ .

فى نطاق القانون الخاص (فى شكل شركات) فإنه يتعذر الأخذ بها لتفسير ملكية أموال الأشخاص المعنوية غير الشركات كأشخاص القانون العام مثلا .

أما دوجى فإنه يذهب فى دحضه لفكرة الشخصية المعنوية بأنه لا ضرورة لها أصلا إذا كنا نلجأ إليها لتحمى المراكز القانونية الجماعية ، ويرى استبدالها بفكرة « المركز القانونى ؛» . فالحقوق عامة فى نظره ما هى إلا مراكز قانونيه يوجدها القانون ويكفل حمايتها .

فإذا وجدت « المراكز القانونية » (أو الحقوق) فردية كانت أو جماعية صارت جديرة بالحماية طالما كانت تلك المراكز مشروعة ومرتبطة بالتضامن الاجتماعى . ولكن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح .

ثالثا : أنواع الأشخاص المعنوية
(أشخاص عامة وأشخاص خاصة)

تجرى غالبية الفقه على تقسيم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية إلى نوعين من الأشخاص . النوع الأول الأشخاص المعنوية العامة . والنوع الثانى هى الأشخاص المعنوية الخاصة .

فالأشخاص المعنويه العامه هى الدولة والأشخاص الاداريه الإقليميه ، كالمحافظات والمدن والهيئات العامه والمؤسسات العامه . وهذه الأشخاص تخضع لأحكام القانون العام .

والأشخاص المعنويه الخاصة ومثالها الشركات المدنية والتجارية (مجموعات الأموال) والجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام (مجموعات الأشخاص) [١] .

---

(١) يرى جانب من الفقه أن المؤسسات الخاصة ذات النفع العام تعتبر قسما مستقلا فلا تندرج تحت طائفة الأشخاص المعنوية الخاصة . ويدللون على ذلك بأنها تمثل مجالا مشتركاً بين القانون العام والقانون الخاص ، ولكن الراجح فى الفقه والقضاء أنها من أشخاص القانون الخاص وإن خضعت فى جزء من نشاطها لأحكام القانون العام .

والشركات لا تهدف إلا إلى تحقيق الربح أما الجمعيات فهى تستهدف تحقيق أغراض أخلاقية أو إجتماعية أو دينية أو علمية .

ولقد حدد المشرع اليمنى الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة فى المادة ٨٧ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٩ (بإصدار الكتاب الأول من القانون المدنى « المعاملات الشرعية » فى شأن الأحكام العامه للمعاملات) على النحو التالى :

١ — الدوله والمحافظات والمدن والنواحى بالشروط التى يحددها القانون ، والوزارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية .

٢ — الهيئات التى تعترف لها الدوله بالشخصيه الاعنباريه كالتعاونيات

٣ — الأوقاف .

٤ — الشركات التجارية والمدنية .

٥ — الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام الجمعيات والمؤسسات المبينة فى هذا القانون .

٦ — كل مجموعه من الأشخاص أو الأموال التى تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى القانون .

المبحث الثانى

تحديد الأشخاص المعنوية العامة

لكى نتعرف على وجود الأشخاص المعنوية العامة علينا أن نبين أولا ما هو المقصود بالشخص المعنوى العام ثم معيار وجوده .

أولا : ماهيه الشخص المعنوى العام :

الشخص المعنوى العام هو الشخص الإدارى الذى تثبت له أهلية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ويمارس نشاطه لتحقق المصالح الذاتية المشروعة .

والتمتع بالشخصية المعنوية فى القانون العام له أهميته بالنسبة للأشخاص الإدارية ويتجلى ذلك فيما يلى : —

أولا : الشخصية المعنوية تعطى استقلالا للشخص الإدارى فى تصريف شئونه بعيداً عن الدولة وحكومتها المركزية .

ثانياً : تمنح الأشخاص الإدارية قدراً من الاستمرار والدوام ، فلا تتأثر الأشخاص الإدارية بالتغيرات التى تطرأ على الأشخاص الطبيعيين الذين يديرون شئونه من الموظفين والرؤساء .

ويترتب على ذلك :

(ا) تمتع الشخص الإدارى بذمة مالية مستقلة يمارس بها على استقلال أوجه نشاطه وتحقيق أغراضه .

(ب) مسئولية الشخص الإدارى وحده دون الدولة عن الأضرار التى قد تصيب الغير وينسب حدوثها إليه ، كما لو تسببت سيارة تابعة له فى الاصطدام بأحد الأفراد وقتله ، فالذى يدفع التعويض حينئذ للمضرور أو لورثته هو الشخص المعنوى الذى تتبعه تلك السيارة .

ثانياً : تميز أشخاص القانون العام :

يقع الخلط أحياناً بين بعض أشخاص القانون العام ذات الشخصية

المعنوية المستقلة وبين بعض هيئات القانون العام الأخرى التى لا تتمتع بتلك الشخصية رغم تمتعها بقدر من الاستقلال فى تعريف شئونها .

ومن ناحية أخرى فقد يتعذر إجراء التمييز بين الأشخاص المعنوية العامة وبين بعض الأشخاص المعنوية الخاصة كالمؤسسات الخاصة ذات النفع العام مثلا .

ومن أجل ذلك فلنا أن نتساءل عن كيفية تحديد الشخص المعنوى العام ، أو ما هو معيار تمييز الشخص المعنوى العام عن غيره من الأشخاص الإدارية العامة أو الخاصة التى قد تشتبه به وتقترب بحدودها من حدوده ؟

أولا : التمييز بين الشخص المعنوى العام وبعض هيئات القانون العام المشابهة.

تتعدد المصالح والهيئات الحكومية داخل الوزارات والهيئات الإدارية وهنا قد تتداخل الحدود كما قلنا بين أشخاص القانون العام المتمتعة بالشخصية المعنوية ، وبين كثير من الهيئات الإدارية الأخرى والتى لا تتمتع بهذه الشخصية ولكنها أوتيت قدراً من الاستقلال الذاتى ، فى شئون التقاضى مثلا . وهنا قد تدق التفرقة ويقع الخلط ، ومن ثم وجب البحث عن معيار يرشدنا إلى التفرقه بينهما ويوضح لنا معالم تلك الهيئات الإدارية على وجه التحديد .

من المقرر فى هذا الصدد أن الشخصية القانونية المستقله لا تفترض ، فحيث لا يوجد نص قاطع يمنح الشخصية المعنوية لهيئة إدارية من هيئات الدولة ، فلا يمكن الجزم بثبوت تلك الشخصية لها . ولا يجدى فى ذلك أن تتمتع الهيئة الإدارية موضوع البحث بقدر من الاستقلال المالى أو الإدارى أو فى شئون التقاضى والذى يقترب بها من حدود الشخصية المعنوية المستقلة .

وتوافر عناصر الشخصية المعنوية المستقلة يرجع فيه كأصل عام إلى قواعد القانون المدنى :

وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأن « « مصلحة الموانى والمنائر ولئن كانت

لا تعتبر شخصاً من الأشخاص الاعتبارية العامة ، بل هى من تقسيمات الدولة الإدارية تابعة لوزارة الحربية والمجردة من الشخصية المعنوية التى تسمح تسمح باختصاصها أمام القضاء الإدارى » .

ثم استطردت المحكمة فى حكمها بعد إذ تبينت أن المصلحة المذكورة أوتيت نصيباً من الاستقلال يتعلق بالتقاضى فقط فاستدركت قائلة :

« . . . إلا أنه لما كان المركز الرئيسى للمصلحة المذكورة موجوداً بمدينة الإسكندريه . . . وكانت القوانين فى شأن المحكمة الإدارية بالإسكندرية قد جعلت لها اختصاص الفصل فى المنازعات التى تقوم بين ذوى الشأن ومصالح الحكومة ذات المراكز الرئيسية فى مدينة الإسكندرية فإنها تكون قد إنطوت على معنى الإقرار لهذه المصالح بأهلية التقاضى فى شأن ما يشجر بينها وبين ذوى الشأن من منازعات [١] .

وبهذا المعنى أيضاً أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى حين قررت أنه : « تؤخذ من النصوص الخاصة بالمجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية ، أن هذا المجلس الأعلى لا ينفرد بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة رغم النص على أنه هيئة مستقلة ملحقة برياسة الجمهورية ، ذلك أن مثل هذا النص لا يكسب المجلس المذكور استقلالا فى الشخصية المعنوية ، بل إن إلحاقه برئاسة الهيئة التى يتبعها له دلالته ، إذ درج استعمال هذا التعبير تشريعياً بالنسبة إلى هيئات ليست مؤسسات عامة ، هذا بالإضافة إلى أن ميزانية المجلس المذكور تعتبر جزءاً من الميزانية العامة للدولة . الأمر الذى سيتنافى مع خصائص ثبوت الشخصية القانونية المستقلة من شخصية الدولة والذى تنحصر معه مقوماتها . ولا يغير من هذا كون التصرف فى هذه الميزانية يتم وفقاً للائحة مالية وإدارية خاصة يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية . إذ اللائحة الخاصة لا تضفى بذاتها على الهيئة التى تأخذ بها شخصية قانونية

(١) حكم الإدارية العليا فى ١ / ٣ / ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة ١٤ ص ٥١٠ .

مستقله عن شخصية الدوله لكونها ليست أداة تقرير هذه الشخصية أو قوام تكوينها ، كما أنها لا يفترض ثبوتها حتما ، ولا يتنافى مع نظم المصالح الحكومية . وعلى أية حال فليس يكفى لقيام تلك الشخصية عند عدم وجود نص صريح بمنحها توافر بعض ملامحها دون اكتمال العناصر والخصائص اللازمه لثبوتها[1] .

ثانياً : تميز الشخص المعنوى العام عن الشخص المعنوى الخاص :

يلاحظ بادى ذى بدء أنه لا تثور أدنى مشكلة فيما يتعلق بالتمييز بين الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية كالدولة والمحافظات مثلا وبين الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات المدنية والتجارية والجمعيات الخاصة .

فالشخص المعنوى العام الإقليمى كالمحافظات مثلا (الألوية) يستأثر بجزء من سيادة الدولة وبنصيب من السلطه العامه فيها ويتمتع بالشخصية القانونية المستقلة . أما الأشخاص المعنوية الخاصة فهى عبارة عن جماعات من الأفراد قاموا بتأسيس تلك الأشخاص (كالشركات التجارية مثلا) لتحقيق غرض معين ، وهذه الأشخاص لا يتوافر لها أى مظهر من مظاهر السلطة العامة .

إنما تثور المشكلة وتدق التفرقة بين الأشخاص المعنوية العامة المصلحية أو المرفقية وهى ما تسمى أيضاً بالمؤسسات العامة .

والسبب فى هذه المشكلة أن الشارع كثيراً ما يمنح الشخصية المعنوية لبعض المشروعات الخاصة والتى لا تهدف إلى الربح وإنما تهدف إلى تحقيق النفع العام للجماعة ، ومن ناحية أخرى فإن كثيراً من المؤسسات العامة الحديثة والتى يطلق عليها المرافق الاقتصادية قد إتخذت فى طابعها الخارجى شكل المشروعات الخاصة أى أشخاص القانون الخاص .

وعندئذ تقترب حدودها وتتداخل مع حدود المؤسسة أو الهيئة العامة

(١) مجموعة فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى ، السنة ٢٠ ص ٣٣٧ .

والتى تتمتع بالشخصية المعنوية العامة ، ومن ثم ينشأ الخلط بينهما لأن كليهما ذو نفع عام ولا يهدف لتحقيق أغراض خاصة ، ويتمتعان بالشخصية المعنوية المستقلة فى الوقت ذاته . — وسيرد بيانها تفصيلا —

ولكن يظل وجه الاختلاف بينهما قائماً لأن المؤسسة أو الهيئة العامة وسيرد بيانها تفصيلا — من أشخاص القانون العام : بينما المؤسسة الخاصة ذات النفع العام من أشخاص القانون الخاص ، فما هو معيار التميز بينهما حينئذ ؟

لقد بذلت محاولات عديدة من جانب الفقه والقضاء لإيجاد معيار حاسم يفصل بين حدود كل منهما ، فقيل فى مبدأ الأمر بمعيار إمتيازات السلطة العامة مع التعويل على أداة إنشاء المرفق ، هل تمت بواسطة فرد عادى أم بواسطة الدوله نفسها[1] .

وفى مرحلة ثانية من مراحل التطور قيل بالاعتماد على نوع العلاقة بين المؤسسة موضوع البحث وبين السلطة العامة ، أى مدى سيطرة الدولة عليها ؛ فإن كانت الدولة هى التى تبسط رقابتها وتتحكم فى سيرها ونظامها كانت شخصاً عاماً والعكس صحيح . ولقد كانت نهاية المطاف إزاء إخفاق تلك المعايير هو ترك الأمر للقضاء ليبحث فى كل حالة على حدها وضع الهيئة موضوع البحث هل هى شخص معنوى عام أم شخص معنوى خاص ، وهو يهتدى فى ذلك بالنصوص التشريعية التى تحكم نظام المؤسسة ، وبإرادة المشرع الصريحة او الضمنية بالإضافة إلى الاعتبارات العملية المتعددة والتى تختلف من حالة إلى أخرى .

وفى هذا الصدد فقد انتهت المحكمة الإدارية العليا فى مصر إلى ما يلى :

« لامندوحة من أن يوكل التكييف القانونى للمؤسسات وهل هى عامة أم لا ، إلى تقدير القضاء فى كل حالة على حده ، والقضاء فى تقديره لكل حالة يستعين بالمقاييس فى مجموعها بوصفها علامات تهدى إلى حقيقة طبيعة

(١) راجع فى ذلك تفصيلا عبد المنعم محفوظ ، المرجع السابق ص ١٢١ وما بعدها .

المؤسسة ، فهو يرجع إلى النصوص التشريعية إن وجدت ، ليعرف ما ، كان المشرع قد أعلن بوضوح عن إرادته فيما يتعلق بطبيعة المؤسسة أم لا ولا يجتزىء بذلك ، بل يستهدى بأصل نشأة المؤسسة وهل هى من خلق الإدارة أم من خلق الأفراد ، كما يستأنس بمدى إختصاصات السلطة العامة التى تتمتع بها المؤسسة ، وهل لها مثلا حق فرض الضرائب والرسوم أم لا . ويستنير أيضاً بمدى رقابة الإدارة على المؤسسة من الناحيتين الإدارية والمالية ثم يستنبط من كل أولئك وما إليه تقديره » (١) .

كما قضى بأن الاتحاد العام لرعاية الأحداث إن هو إلا مؤسسة خاصة ، من قبيل تلك المؤسسات الاجتماعية التى تسعى لرعاية الأحداث الجانحين ، وله شخصية اعتبارية مستقلة وأمواله أموالا خاصة ،ومن ثم فهو مؤسسة خاصة ذات نفع عام(٢) .

وأن اتحاد كرة القدم إن هو إلا هيئة رياضية خاصة ، وكذلك تكون جمعية الرفق بالحيوان والجمعية الخيرية الإسلامية ومستشفى المواساة .

وأن المدارس الحرة الخاضعة لرقابة وزارة التربية والتعليم هى مؤسسة خاصة ذات نفع عام (٣) .

ومن الوجهة المقابلة ، قضى بأن هيئات التمثيل المهنى مؤسسات عامة كنقابة المحامين والمحاسبين . وهى أشخاص إدارية من أشخاص القانون العام والقرارات التى تصدر منها فى شأن تأديب الأعضاء والقيد فى السجلات وغيرها قرارات إدارية (٤) .

كما قضى بأحكام مماثلة فى شأن الاتحاد العام للغرف التجارية ، والهيئة العامة لتنفيذ السنوات الخمس للصناعة .

---

(١) حكمها فى ٨ / ١٢ / ١٩٦٢ السنة ٨ ، ص ١٨١ ، ١٨٢ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٣٠ / ٦ / ١٩٦٠ ، السنة ١٤ ص ٣١٤ .
(٣) مجموعة مبادئ محكمة القضاء الإدارى فى ١٥ سنة ، الجزء الثالث ص ٢٥١٣ .
(٤) حكم الإدارية العليا فى ٢٧ / ٣ / ١٩٦٦ ، السنة ١١ ص ٥٨٢ .

المبحث الثالث

أنواع الأشخاص المعنوية العامة

يوجد تقسيم تقليدى للأشخاص المعنوية العامة على نوعين : —

الأشخاص الإقليمية والأشخاص المصلحية أو المرفقية كما يطلق عليها أحياناً المؤسسات العامة والهيئات العامة . وقد أسفر التطور عن وجود نوع الأشخاص المعنوية العامة دخلت رحاب القانون العام حديثاً وأقر القضاء لها بالشخصية المعنوية ألا وهى النقابات المهنية . ويجعل منها بعض رجال الفقه قسما ثالثاً ولكننا مع أغلبية الفقـــه لا نرى وجاهة لذلك التقسيم ، وسنبين كلا من الأشخاص الإقليمية والمصلحية فى نبـــذة وجيزة . .

أولا : الأشخاص الأقليميـــة : —

وهـــذه الأشخاص يبنى قيامها على عنصرين : — عنصر جغرافى وعنصر شخصى ؛ الأول هو عنصر الإقليم الذى تمارس فيه نشاطها ولا تتعداه ، والثانى هو عنصر السكان ، وهذه الأشخاص قد يمتد اختصاصها ليشمل إقليم الدولة كله فيكون الشخص المعنوى حينئذ هو الدولة ، وقد يتحدد بإقليم معين فتكون بصدد شخص إدارى محلى ومثاله المحافظات والمدن والقرى حسبما يحدده القانون سواء كان القانون المدنى أو قانون الإدارة المحلية . وهذه الأشخاص تجد سند وجودها غالباً فى نصوص الدستور الذى يقرر المبدأ العام فى شأنها ، ثم فى نصوص التشريع الذى يبين نظامها القانونى وكيفية تشكيلها واختصاصاتها ومدى الرقابة عليها من السلطة المركزية . .

على أنه ينبغى ألا نخلط بين الشخص المعنوى العام الإقليمى وتلك الهيئة التى تمثله قانوناً فالشخصية القانونية لا تثبت إلا للشخص نفسه ، وليس لتلك الهيئة التى تمثله كالمجلس الشعبى بالنسبة للمحافظة مثلا . [1] . .

(١) كان البعض يطلق عليها الأشخاص الإدارية الأرضية ، راجع وحيد رأفت مشار إليه فى عبد المنعم محفوظ المرجع السابق ص ١١٢ . .

١ ــ الدولة

الدولة هى أهم الأشخاص المعنويه تجميعاً . فهى التى تتربع على رأس تلك الأشخاص وهى التى تمنح الشخصية المعنوية للهيئات الإدارية الأخرى .

وقد تشعبت الآراء الفقهية من قبل حول المدى الذى تمارس فيه الدولة شخصيتها القانونية ، أو بعبارة أخرى مدى هذه الشخصية القانونية ، فذهب بعضهم إلى أن الاعتراف بالشخصية القانونية لا يتقرر إلا بالنسبة لتصرفات معينة ، وذهب آخرون إلى أن الدولة ذات شخصية قانونيه مزدوجه .

أما الفريق الأول فيرى أن الدولة لا تمتع بالشخصية المعنوية إلا بالنسبة لتصرفات معينه ألا وهى تلك الدائرة الخاصة بالأعمال الماليه والحقوق الشخصيه والتى يمارسها أيضاً الأفراد العاديين . أما تصرفات السلطه فهى لا تتمتع بالنسبة لها بالشخصية المعنوية . وقالوا فى تفسير ذلك أن الدولة وهى تحوز السلطة العامة بما تحويه من إمتيازات خاصه لا تعتبر تصرفاتها بشأنها ممارسة لحقوق شخصية وإنما هى إختصاصات إدارية تمارس فى حدود القانون ووفقاً لقيوده وضماناته .

وعليه فإن هذه الإمتيازات لا تدخل فى عداد الحقوق لأن الاعتراف لها بوصف الحقوق يتضمن تهديداً للحريات الفردية ونذيراً بالافتئات على مصالح الأفراد وحقوقهم .

وفريق آخر رأى أن الدولة ذات شخصية قانونية مزدوجة : فهى شخص خاص بالنسبة للتصرفات والحقوق المالية . كما تعتبر شخصا معنوياً عاما بالنسبة إلى تصرفات السلطة العامة . ومن آثار تلك الشخصية القانونية المزدوجة أن صارت الدولة تخضع تارة للقانون الخاص والمحاكم العادية وتارة أخرى للقانون العام ولمحاكم القضاء الإدارى .

وقد تردد القضاء حيناً من الدهر فى موقفه إزاء تلك المشكلة ، فبأى الآراء يأخذ ويقضى ؟ إذ يترتب على الأخذ بالرأى الأول جواز مساءلة الدولة عن أعمالها التى تصدر منها بوصفها سلطة عامة لأنها ليست إلا شخصاً خاصاً ، فتسأل فى دائرة الأعمال التى تصدر منها بوصفها هذا فقط وتلك نتيجة غير مستساغة ، خاصة بعد تقرير مبدأ مسئولية الدولة عن كافة

أعمالها ، والمناداة بالدولة القانونية التى تسأل فيها الهيئات الحاكمة عن جميع تصرفاتها الخاطئة [١] .

ومهما يكن من أوجه الخلاف فإن الرأى السائد اليوم يذهب إلى أن الشخصية المعنويه للدولة هى وحدة لا تتجزأ ، ولا يمنع ذلك من إخضاع بعض تصرفاتها للقانون الخاص والمحاكم العادية وبعضها للقانون العام والقضاء الإدارى ، وذلك بالنظر إلى طبيعة كل تصرف على حدة ونوع النشاط الذى تمارسه الدولة أو إحدى جهاتها الإدارية المختلفة .

٢ — الأشخاص الإقليمية الأخرى

الأشخاص الإقليمية الأخرى التى تتمتع بالشخصية المعنويه المستقلة هى المحافظات (الألوية) وسائر المدن (القضوات) والأحياء والقرى (النواحى) التى تمنح الشخصية المعنوية .

وفى مصر كانت نواة هذه الأشخاص الإقليمية هى مجالس المديريات (والمديريات هى المحافظات حاليا) والتى أنشئت عام ١٨٨٣ غداة الاستعمار الإنجليزى لمصر . والغريب من الأمر أن منح الشخصية المعنوية كان لمجالس إدارة المديريات ، ولم يكن للمديريات نفسها وهو الأوجب . لأن المجلس ليس إلا موجهاً لإدارتها وليس فى حد ذاته شخصاً إدارياً . كما أنه يترتب على حل المجلس زوال الشخصية المعنوية وهو أمر منتقد من الناحية التشريعية والفقهية لما يصاحبه من الفوضى وعدم الاستقرار [٢] . وقد استمر الحال على هذا الوضع ولم يتغير حتى أتى دستور سنة ١٩٢٣ فنص فى المادة ١٣٢ منه على أن تعتبر المديريات والمدن والقرى فيما يختص بمباشرة حقوقها أشخاصاً معنوية وفقاً للقانون العام بالشروط التى يقررها القانون ، وتمثلها مجالس المديريات والمجالس البلدية المختلفة ويعين القانون حدود إختصاصها .

(١) ثروت بدوى ، المرجع السابق سنة ٨٠ ، ص ٢٩٥ .

(٢) انظر فى ذلك محمد زهير جرانة — القانون الإدارى سنة ١٩٤٤ ص ٤٣ ، ٤٤ حيث وقع الشارع المصرى فى هذا الخلط عندما أصدر الأمر العالى فى ٥ / ١ / ١٨٩٠ بإنشاء بلدية الإسكندرية ويجر ذلك إلى نتائج خطيرة منها أنه إذا صار حل المجلس المحلى فإن ذلك يستتبع بالضرورة انقضاء الشخص المعنوى نفسه ، وليس فقط المجلس المدير له .

وقد صدر القانون ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الإدارة المحلية واستبدل بكلمة المديريات كلمة المحافظات ، ثم صدرت بعد ذلك عدة قوانين متتالية احتفظت بنفس التسمية كان آخرها القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ .

وسنستكمل هذه الدراسة فيما بعد عند الحديث عن النظام الإدارى فى مصر واليمن .

ثانياً : — الأشخاص المصلحية أو المرفقية أو المؤسسات العامة :

وهى عبارة عن المصالح أو الإدارات الحكومية أو الهيئات العامة التى يعترف لها المشرع بالشخصية المعنوية تقديراً منه بأن طبيعة نشاطها أو الهدف من إنشائها يستلزم منحها تلك الشخصية المستقلة . .

أما عن موقف الفقه والقضاء بشأن هذا النوع من الأشخاص الإدارية فقد طرأ عليه تطور كبير يوجز فى أن المؤسسات العامة لم يعد دورها قاصر على المجال الإدارى وإنما امتد وتطرق أيضاً إلى المجالات الاقتصادية ، والتى كانت أصلا متروكة للنشاط الفردى وللمشروعات الخاصة . .

وتطبيقاً لذلك فقد انتهت محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى قضائها إلى أن : « لم تعد المصالح العامة محصورة فى نطاقها التقليدى وهو النطاق الإدارى الضيق الذى كان مألوفاً فى القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، ذلك أن حاجات الأفراد أخذت تنمو وتتفرع كلما تقدمت الجماعة فى طريق الرقى والحضارة ، وقد إقتضى ذلك إنشاء مرافق ومصالح مختلفة النظم والأغراض لسد الحاجات المختلفة ومنها حاجات اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية أوجبت على الدولة أن تجاوز ميدان نشاطها الإدارى للبحث عن ميادين أخرى كانت وقفاً على النشاط الفردى . وقد كثر إنشاء هذه المرافق والمصالح الجديدة فى صورة مؤسسات عامة لأنها أيسر تحقيقاً لتلك الأغراض المختلفة وخاصة أن الدولة مع احتفاظها بحق الإشراف عليها تضفى عليها من الحقوق والامتيازات ومظاهر السلطة ما يعينها على تأدية رسالتها »[1] .

(١) حكمها فى ٢٦ / ٢ / ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السادسة ، ص ٥٣٤ ، ٥٣٥ .

ثالثاً : وضع النقابات أو المؤسسات المهنية (١)

المؤسسات العامة المهنية تلك الهيئات التى تنشأ بقصد تنظيم أوضاع مهنة معينة والإشراف عليها ، كنقابة المحامين والمهندسين والأطباء والمحاسبين.

وكان الإتجاه فيما مضى يدرجها فى عداد الأشخاص المعنويه الخاصة ، غير أن القضاء فى فرنسا ومصر أصبح رويداً رويداً يضفى عليها صفة الشخص المعنوى العام باعتبارها تستعير بعض مظاهر السلطة العامة وهى تباشر نشاطها مثلها فى ذلك مثل الأشخاص الإدارية التقليدية ، ومن ثم حق لها أن تنضم إلى رحاب القانون العام وتصبح فى عداد الأشخاص الإدارية .

ومن أحكام القضاء المصرى فى هذا الصدد ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى من أن المجلس الصوفى الأعلى يعتبر واحد من أشخاص القانون العام ، بحسبان أن النشاط الذى يقوم به يشابه تماماً ذلك النشاط الذى تتولاه الدولة بوصفها سلطة عامة(٢) .

كما قضت المحكمة الإدارية العليا فى ١٢ / ٤ / ١٩٥٨ بأن : « تنظيم المهن الحرة كالطب والمحامات والهندسة (وهى مرافق عامة) مما يدخل فى صميم إختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة . فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم أقدر عليه مع تخويلهم نصيباً من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها فى الإشراف والرقابة تحقيقاً للصالح العام ، فإن ذلك لا يغير من التكييف القانونى لهذه المهن بوصفها مرافق عامة ؛ » ثم أضافت « يخلص من استقراء القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٩ بانشاء نقابات المهن الطبية أنه قد أضفى على النقابة شخصية معنوية مستقلة ، وخولها حقوقاً من نوع ما تختص به الهيئات الإدارية العامة فخولها . . . . كما خولها حق فرض رسوم مالية على صورة اشتراكات جبرية تحصل فى مواعيد دوريه ، ثم سلطة

(١) راجع فى ذلك رسالة الدكتور محمد بكر القبانى نظرية المؤسسة العامة المهنية سنة ١٩٦٢ .
(٢) حكمها فى ١٧ / ١١ / ١٩٥٤ السنة التاسعة ص ٣١ ، ٣٢ .

إصدار قرارات واجبة التنفيذ فى شئون الأطباء وسلطة تأديب أعضائها ، وسلطة تشريع بوضع اللائحة الداخلية ولائحة تقاليد المهنة . مما يدل على أنها قد جمعت بين مقومات المؤسسة العامة وعناصرها من شخصية مستقله ومرفق عام تقوم عليه مستعينة فى ذلك بسلطات عامة شأنها ذلك شأن كافة هيئات التمثيل المهنى . ومن ثم فهى شخص إدارى من أشخاص القانون العام »[1] .

وسنعود إلى بحث موضوع الأشخاص المصلحية أو المرفقية عند حديثنا عن اللامركزية ثم عن المؤسسات العامة باعتبارها صورة من صور إدارة المرافق العامة .

المبحث الرابع

آثار الشخصية المعنوية

يترتب على ثبوت الشخصية المعنوية لأحد الأشخاص الإدارية نتائج هامة ، تنبثق من الاستقلال الذى يعطى للشخص المعنوى (وقد أوضح المشرع هذه النتائج فى المادة ٨٨ مدنى مصرى) وهذه النتائج منها ما يتفق فيه الشخص المعنوى العام مع الشخص المعنوى الخاص ومنها ما يفترق فيه عنه أما الآثار التى يتفق فيها الشخص المعنوى العام مع الشخص المعنوى فى القانون الخاص . فهى :

أولا : « ذمة مالية مستقلة » :

ويعنى ذلك أن الشخص المعنوى العام ينفصل بماليته عن أموال الدولة فيصير متمتعاً باستقلال مالى كامل يمكنه من أداء مهامه بدون الارتباط بميزانية الدولة .

ثانياً : تمتع الشخص المعنوى بالأهليه القانونيه .

مقتضى هذه الأهلية أن يكون من حق الشخص المعنوى مباشرة كافة التصرفات القانونية المتعلقة بنشاطه ، كابرام العقود مثلا سواء كانت عقود

(١) مجموعة أحكام الإدارية العليا السنة الثالثة ص ١١٠٣ ، ١٢٠٤ .

إداريه أو عقود خاصة . (١) . كما يكون له أن يكسب الحقوق وأن يتحمل بالالتزامات التى يلتزم بها فى ذمته المالية الخاصة . ولا يقيد من أهلية الشخص المعنوى سوى ما قد يرد من قيود فى أداة إنشائه ، أو ما قد يفرضه القانون نفسه من قيود تحدد نطاق تلك الأهلية وإطارها الذى تعمل فيه .

ثالثاً : حق التقاضى .

تمتع الشخص المعنوى بالأهلية القانونية يتفرع عنه أن يكون من حقه مقاضاة الغير ، كما يكون من حق الغير أن يقاضيه ، أى أن الشخص المعنوى العام يمكن أن يكون مدعياً أو مدعى عليه .

والشخص المعنوى يمثل أمام القضاء بنائب ينوب عنه وعادة ما تحدد ذلك النائب فى أداة إنشائه . وغالباً ما يكون رئيسه هو صاحب الصفه فى تمثيله فى التقاضى . وهو حين ينوب عنه فإنه ينوب عنه بصفته لا بشخصه .

وإذا كانت إدارة الشخص المعنوى قد عهد بها إلى لجنة أو مجلس إدارة فإن رئيس هذه اللجنة أو المجلس غالباً ما يكون هو الممثل القانونى للشخص المعنوى .

أما بالنسبة للوزارات فإن الوزير هو الذى يمثل الوزارة أمام القضاء . لا الديوان العام للوزارة فقط ولكن كل الإدارات والأقسام والفروع التابعة بل وكل الهيئات والمصالح الخاضعة لها أيضاً والتى لا تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة .

رابعاً : موطن مستقل :

يكون للشخص المعنوى العام موطن يخاطب فيه ، وهذا الموطن يكون مستقلا عن موطن الوزارة التى يتبعها الشخص المعنوى . وعادة ما يكون المقر أو المركز الذى يوجد فيه مركز إدارته .

---

(١) انظر فيما يتعلق بالعقود الإدارية ما سيرد تفصيلا فى شأن نظرية العقد الإدارى فى القسم الثانى .

خامساً : مسئولية الشخص المعنوى :

من أهم النتائج التى تترتب على منح الشخصية المعنوية هو أن يصير الشخص المعنوى مسئولا فى ذمته المالية عن كافة أوجه نشاطه التى قد تسبب ضرراً للغير فيتحمل مسئولية الفعل الضار الذى ينسب إليه أو إلى أحد موظفيه .

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة فى مصر بأن الاعتراف للمديريات والمدن والقرى بالشخصية المعنوية يترتب عليه استقلال كل وحدة منها بمسئولياتها عن تصرفاتها مع موظفيها ومع الغير دون الحكومة المركزية .

على أن النتائج السابقة كما أسلفنا تشترك فيها الأشخاص القانونية الإدارية مع الأشخاص القانونية الخاصة ، ولكن ثمة نتائج أخرى تنفرد بها الأشخاص الإدارية وأهمها :

أ — يعتبر الشخص المعنوى العام سلطة إدارية ، ومن ثم تثبت لهامتيازات السلطة العامة وتكون قراراته من طبيعة القرارات الإدارية الملزمة وما يترتب على ذلك من آثار .

ب— يتميز موظفو الشخص المعنوى العام بنظام قانون خاص بهم قد يختلف عن نظام موظفى الدولة . وإن كان لا يوجد ثمة مايمنع من انطباق نظام موظفى الدولة عليهم أحياناً فى بعض الأمور المشتركة التى لا تستوجب التمييز بينهم .

سادساً : مبدأ التخصص .

(المعنى النسبى للشخصية المعنوية)

يستخلص من كتب الفقه أن الأشخاص المعنوية العامة ليست طليقة من كل قيد فى ممارسة نشاطها ، وإنما تخضع لمبادئ عديدة تضبط ممارسة هذا النشاط كما تضمن أداءها بكفاءة للغرض من إنشائها ومن أهمها مبدأ التخصص .

ففكرة الشخصية المعنوية ليست ذات مضمون مطلق ولكنها فكرة نسبية

تخضع للملاءمات العديدة الإدارية والسياسية ، وفقاً لما تقدره الدولة وتراه ضرورياً لتحقيق النفع العام[١] .

ويظهر أثر ذلك جلياً فى مجال الإختصاصات . فالأشخاص الإدارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا بالقدر الذى يجعلها تحقق الغرض الذى من أجله قامت وتوكيداً لذلك فقد أفتى القسم الاستشارى بمجلس الدولة بأنه لا يجوز لهيئة البريد — وهى هيئة عامة ذات شخصية معنوية — أن تتمسك بشخصيتها المعنوية المستقلة خارج إطار الهدف العام الذى وجدت من أجله ، وهو صالح التنظيم الإدارى [٢] .

ويظهر أثر هذا المبدأ جلياً بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة بنوعيها المصلحية (أو المرفقية) والإقليمية .

فى مجال الأشخاص العامة المعنوية :

يبدو جلياً بالنسبة لهذا النوع من الأشخاص المعنوية قيد التخصص وهو ما يطلق عليه فى كتب الفقه مبدأ تخصيص الإختصاص بالهدف أو بالموضوع . ومقتضاه أن الأشخاص الإدارية المرفقية « الهيئات والمؤسسات العامة » عليها وهى تمارس نشاطها ألا تجاوز الغرض الذى أنشئت من أجله . ذلك الغرض الذى يتمثل فى تحقيق النفع العام مثلا أو تحقيق مصلحة اقتصادية أو غيرها من الأغراض . وقد يضاف إلى ذلك التخصص تخصص سكانى (أو مكانى أو إقليمى) فلا تباشر الهيئة نشاطها إلا بالنسبة لسكان منطقة معينة من إقليم الدولة .

وعليه فإن الهيئة الإدارية لا تتمتع بأهلية قانونية أو صلاحيات خارج نطاق الغرض الذى تتغياه فى نشاطها . ولذلك حكم بأن «لوزير الشئون الاجتماعية طلب حل هذا الإتحاد — إتحاد النقل المشترك للنقل الميكانيكى ببورسعيد — إذ تجمع لديه من الأدلة على أنه قد انحرف عن أغراضه الخيرية

(١) الطماوى ، القانون الإدارى سنة ٩٧٠ ، ص ٤١ وما بعدها .

(٢) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى فى ١٣ / ١ / ١٩٦٥ مجموعة السنة ١٩ ص ٢١٨ .

التى أسس لتحقيقها ، وأنه اشتغل بالتجارة لإدارة خط الأوتوبيس بين بور سعيد ودمياط »[١] .

بالنسبة للأشخاص الإدارية الإقليمية :

يسرى مبدأ التخصص كذلك على الأشخاص الإقليمية ، وهو يعنى بالنسبة لها ألا تتعدى حدودها الجغرافية المعلومة ، بحيث أن خدماتها التى التى تقدمها تكون مقصورة على أهل منطقة معينة .

فلا يجوز لإحدى المحافظات (الألوية) أن تتعدى حدودها الإقليمية لتمارس نشاطها داخل محافظة أخرى ولو مجاورة .

ويترتب على ذلك عدة نتائج هامة منها :

١ – إن الشخص الإدارى الإقليمى يتمتع بصلاحية عامة لمباشرة أنواع الأنشطة التى تهم الإقليم وتهدف إلى تحقيق الخير العام لقاطنيه . فاختصاص الأشخاص الإدارية الإقليمية هو القاعدة وعدم الإختصاص هو الاستثناء وذلك على خلاف الأشخاص المرفقية التى يتحدد نشاطها بغرض معين كمبدأ عـــام .

٢ – أنه لا يجوز للهيئة الإدارية الإقليمية أن تتجاوز حدود اختصاصها ، لأنها إن فعلت ذلك تكون قد اعتدت على اختصاصات ومجالات نشاط الحكومة المركزية ، وكذا المجالات التى تكون متروكة للنشاط الفردى أى للأفراد والمشروعات الخاصة التى ينشئونها .

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٧ / ٦ / ١٩٥٤ السنة الثامنة ص ١٥٥٢ .

الفصل الثانى

أصول التنظيم الادارى

تمهيـــد وتقسيم :

فى حديثنا عن أصول التنظيم الإدارى سنتناول موضوعين رئيسين هما ركيزة التنظيم الإدارى فى الدولة ؛ المركزية واللامركزية . وسنفرد لكل منهما مبحثاً مستقلا . وعلى ذلك توزع دراسة هذا الفصل على النحو الآتى :

المبحث الأول : المركزية الإدارية .

المبحث الثانى : اللامركزية الإدارية .

المبحث الأول

المركزية الإدارية (١)

ندرس تحت هذا العنوان تعريف المركزية الإدارية وعناصرها ثم نبين أنواعها وما تحققه من مزايا وما يؤخذ عليها من عيوب .

المطلب الأول : تعريف المركزية وأركانها

أولا : مدلول المركزية الإدارية :

هناك تعريفات عديدة للمركزية الإدارية تتداولها كتب الفقه ونستطيع أن نستخلص منها أن المركزية الإدارية تعنى تجميع الوظيفة الإدارية فى يد السلطة التنفيذية الموجودة فى العاصمة أو فى فروعها فى الأقاليم بشكل يسمح بتوحيدنمط تلك الوظيفة .

---

(١) انظر فى هذا الصدد : ثروت بدوى . المرجع السابق ص ٣٢٦ وما بعدها .

الطماوى ، القانون الإدارى سنة ١٩٨٠ ص ٤٥ و بعدها .

طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ١٧٥ وما بعدها .

عبد المنعم محفوظ ، المرجع السابق ص ١٦٠ وما بعدها .

ولا يقصد بالمركزية أن تتركز السلطة فى يد شخص أو هيئة واحدة وإنما المراد منها أن تكون مظاهر السلطة الإدارية فى حوزة سلطة إدارية موحدة تعاونها فى ذلك أشخاص أو هيئات أخرى متعددة منبثة فى العاصمة والأقاليم ، ترتبط بها برباط التبعية وتخضع لها وسيتضح ذلك من دراسة عناصر المركزية الإدارية .

ويذهب بعض الفقه إلى أن نشأة المركزية فى الدولة يكون ابتداء فى المجال السياسى ، حيث تتجمع الإختصاصات والقرارات السياسية فى يد سلطة واحدة داخل الدولة ، وتلك ظاهرة طبيعية تصاحب نشأة الدولة وبداية تكوينها .

وفى مرحلة تالية من مراحل التطور تظهر المركزية فى المجال الاقتصادى فتشرف الدولة على كافة أوجه النشاط الاقتصادى ، مع تقديم المعونة اللازمة للمشروعات المختلفة لقاء الضرائب التى تحصلها بعد ذلك ، .

وأخيراً يكون التطور فى اتجاه المركزية الإدارية وهو الموضوع الذى نحن بصدده .

ثانيا : أركان المركزية الإدارية

تتألف المركزية الإدارية من عناصر متعددة ولكن يمكن حصرها فى عنصرين اثنين ألا وهما تركيز السلطة فى يد الإدارة المركزية وقيام علاقة التدرج أو التبعية الإدارية .

(١) تركيز الوظيفة الإدارية فى قبضة السلطة المركزية

فى ظل المركزية الإدارية تنحصر سلطة التقرير أو البت النهائى فى جميع شئون الوظيفة الإدارية فى يد الإدارة المركزية ، أى رجال السلطة التنفيذية فى درجاتها العليا الموجودون فى العاصمة ، وكذا موظفيها فى مختلف الفروع والأقاليم .

ففى داخل بنيان النظام المركزى يقوم موظفو السلطة المركزية فى العاصمة

بالإشراف على جميع المرافق والإدارات المنتشرة فى أرجاء الدولة ، فلا مكان ها هنا لمجالس إقليمية منتخبة أو مجالس مرفقية مستقلة تتولى الإشراف على المرافق العامة كما هو الشأن بالنسبة للاشخاص الإدارية الإقليمية أو المرفقية . والمركزية فى أجلى صورها تتمثل فى سلطة إصدار القرارات الإدارية النهائية كما تتضمن هذه السلطة أيضاً الحق فى تعديل هذه القرارات أو سحبها أو إلغائها حسبما يقتضيه صالح الإدارة .

ولا يحول دون قيام المركزية أن تمنح الإدارة المركزية بعض إختصاصاتها لهيئات إدارية تابعة لها للمعاونة فى القيام بهذه الاختصاصات ، فالقرار الإدارى مثلا قد يشترك فى إعداده بعض الفنيين أو يشرف على تنفيذه بعض الموظفين . ولكن طالما أن الوزيز وهو الرئيس الإدارى الأعلى يحتكر السلطة التنفيذية فى نطاق وزارته وهو الذى يهيمن على إصدار القرار ويتخذ باسمه فإن النظام يكون مركزياً .

ومن مظاهر المركزية إحتكار الحكومة المركزية للتعيين فى الوظائف العامة ، فالموظفون على كثرتهم عبارة عن مجموعة من المعاونين للحكومة المركزية يخضعون لها خضوعاً رياسياً ، فالمركزية والحالة هذه تقضى كل تفكير يعهد باختيار الموظفين المحليين فى الأقاليم إلى هيئات محلية ، أو يكون من شأنه إبعادهم عن هيمنة الإدارية المركزية ورقابتها عليهم .

ومن شأن تركيز السلطة فى أيدى الإدارة المركزية فى عاصمة البلاد إحتكار الحكومة المركزية للقوات المسلحة ،

(ا) وهو ما يسمى بتركيز القوه العامه ، إذ لا تكون إلا فى يد رئيس الدوله ، وأنه فى ظل اللامركزيه الإداريه لا يسمح لهيئات أو جماعات مهما كانت أن يكون لها وباسمها تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية لا تنبثق من الجيش .

(ب) التدرج الهرمى أو التبعية الإدارية :

يتأسس نظام المركزية الإدارية على قيام تدرج بين موظفى الحكومة بحيث يرتبون فيما بينهم على هيئه سلم أو هرم إدارى ، قاعدته صغار الموظفين

ثم نتدرج فى مدارجه إلى أعلى حتى نصل إلى قمته حيث يتربع الرئيس الإدارى الأعلى وهو عادة رئيس الجمهورية فى النظام الرياسى ، والوزير فى النظام البرلمانى ، ومقتضى هذا النظام أن تتسلل الرابطة بين الموظفين ، فكل موظف يرتبط بمن هو أعلى منه فى الدرجه بحيث ينشأ بينهم مايسمى برابطة التبعية الإدارية ، تبعية المرؤوس للرئيس حتى نصل إلى قمة التدرج أو أعلى الرؤساء ، والذين لا يخضعون بعد ذلك لرئيس أعلى .

وهذا التدرج بين الموظفين وبعضهم يتمخض عن قيام علاقتين قانونيتين ، علاقة الخضوع أو التبعية من الموظف الأدنى بالنسبة للموظف الأعلى منه ، وعلاقة السلطة الرئاسية . إذا نظرنا إلى العلاقة نفسها من جهة الرئيس ، بحيث يكون لهذا الرئيس سلطة رئاسيه على الموظفين الذين هم أدنى منه فى المرتبة والمكانة .

والسلطة الرئاسية : التى تنشأ نتيجة علاقة النبعية هذه تتحلل إلى مجموعة من الإختصاصات تثبت للرئيس على مرؤوسيه ، كما تشمل المرؤوس فى شخصه وفى أعماله .

أما عن سلطة الرئيس على أشخاص مرؤوسيه :

فهى تتضمن حق الرئيس فى ثعيين المرؤوسين وتخصيصهم لعمل معين ، ونقلهم وترقيتهم ومجازاتهم تأديبياً .

ويلاحظ أن هذه السلطات أو الإختصاصات ليست حقوقاً مطلقة للرؤساء يمارسونها وفق أهوائهم كما يشاءون ، وإنما هى سلطات تمارس بقيود وضمانات مفصلة فى فقه الوظيفة العامة ، كما نجد بعضها قد نصت عليه التشريعات الخاصة بالموظفين ، وبعضها قد نص عليه مثلا فى قوانين الأجهزة الرقابية أو المركزية ، كمجلس الدولة أو الجهاز المركزى للتنظيم والادارة والنيابة الإدارية .

أما بالنسبة لعمل المرءوس :

فالسلطة الرئاسية تعنى هيمنة الرئيس على تصرفات مرءوسيه وهم يباشرون أعمالهم ، وهذه السلطه تتحلل إلى نوعين من السلطات : سلطة سابقه على عمل المرؤوس وسلطة لاحقه على عمله .

فأما السلطة السابقة وتسمى أحياناً بسلطة التوجيه والأمر . فهى تعنى حق الرئيس فى إصدار توجيهات عامه أو تعليمات ملزمة إلى مرؤوسيه يتعين عليهم الالتزام بها وطاعتها ، والتوجيهات كأصل عام غير ملزمة للمرؤوس بعكس التعليمات والمنشورات .

ويثور فى هذا الشأن موضوع هام ألا وهو مدى الخضوع والطاعة لتعليمات الرؤساء سيما بالنسبة للأوامر غير المشروعة . تلك المشكلة التى كانت أكثر شيء جدلا فى فقه القانون العام والوظيفة العامة . خاصة وأن مداها ليس مقصوراً على نطاق القانون الإدارى فحسب وإنما يتعدى إلى مجالات أخرى فى فروع القانون ، كالقانون الدستورى وقانون العقوبات والقانون المدنى مما يضيق المجال عن بحثه ها هنا .

وكأصل عام فإن المرءوس يلتزم باحترام أوامر الرؤساء وطاعتها طالما كانت تلك الأوامر تتسم بالمشروعية ، فإذا أعرض الموظف عن طاعة هذه الأوامر وأخل بها ، فإنه يرتكب ذنباً إدارياً هو الإخلال بطاعة الرؤساء [١] . ولا نرى هنا داعياً للإفاضة والتفصيل فى شأن واجب الطاعة كما تجرى كتب القانون الإدارى ، حتى أنها تتطرق إلى بحث الطاعة فى فروع القوانين الأخرى لتحديد أوضاع المسئولية الجنائية والمدنية عند الإخلال بطاعة الرؤساء ، لأننا نرى أن بحث طاعة الرؤساء ومداها لا يقتصر البحث فيه على نطاق المركزية الإدارية ، وإنما يوجد بالإضافة إلى ذلك فى نطاق النظام اللامركزى ، فالطاعة التى تثقل كاهل الموظف هى

---

(١) راجع فى ذلك على وجه التفصيل . د . عاصم عجيله واجب الطاعة فى الوظيفة العامة رسالة دكتوراه ١٩٨٠ . القاهرة . عالم الكتب .

التزام تفرضه قوانين الوظيفه العامه على الموظف أيا كان مكانه فى داخل النظام المركزى أو النظام اللامركزى .

على أن الطاعة الواجبة على المرؤسين ليس من شأنها أن تجرد المرؤس من شخصه ، بل هى تشجع المرؤوسين المعتدين برأيهم وفكرهم أمام الرؤساء . وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى فى حكم شهير لها .

لا تثريب على الموظف إن كان معتداً بنفسه ، واثقاً من سلامة نظره ، شجاعاً فى إبداء رأيه ، صريحاً فى ذلك أمام رئيسه لا يداور ولا يرائى ، ما دام لم يجانب ما تقتضيه وظيفته من تحفظ ووقار ، وما تستوجبه علاقته برئيسه من التزام حدود الأدب واللياقه وحسن السلوك ، إذ للصراحة فى إبداء الرأى بما فيه من وجه المصلحة العامة مطلوبة حتى لا تضيع تلك المصلحة فى تلافيف المصانعة والرياء ، وتتلاشى بعوامل الجبن والاستخذاء ، كما لا يضير الموظف أن يكون له وجهة نظر معينه فى المسألة يدافع عنها ويجتهد فى إقناع رئيسه للأخذ بها ما دام يفعل ذلك بحسن نية فى سبيل المصلحة العامة .

ولا جناح عليـــه أن يختلف مع رئيسه فى وجهات النظر إذ الحقيقة دائماً وليدة اختلاف الرأى لا يجليها إلا قرع الحجة بالحجة ، ومناقشة البرهان بالبرهان . وإنما ليس له أن يخالف ما استقر عليه رأى الرئيس نهائياً ، أو يقيم العراقيل فى سبيل تنفيذه إذ أصبحت الطاعة واجبة بعد أن خرجت المسألة عن البحث إلى دور التنفيذ (١) .

أما الرقابة الرئاسية اللاحقة فهى تعنى سلطة الرئيس فى الرقابة على تصرفات مرؤسيه بعد إتخاذها ، ويتمثل ذلك فى حق فى إقرارها أو تعديلها أو إلغائها أو سحبها على النحو الذى تقرره مبادىء القانون الإدارى .

أما إقرار هذه التصرفات فإنه قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمنياً وإذا اشترط القانون الإقرار الصريح ، فلا مندوحه عنه .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر بتاريخ ٢١ / ٦ / ١٩٥٠ الدعوى رقم ١٦٥ لسنة ٢ ق مجموعة أحكام القضاء الإدارى السنة الرابعة ص ٩١٦ — ٩١٧ — وانظر على وجه التفصيل حدود الطاعة ، رسالتنا سالفة الذكر .

وحين يمارس الرئيس سلطته فى التعقيب على قراءات (التعديل أو الإلغاء أو السحب أو الحلول) فهو يراقب تلك التصرفات من ناحيتين ؛ المشروعية والملاءمة، المشروعية من حيث مدى مطابقتها للقانون بوجه عام ، والملاءمه بمعنى مدى سلامة هذه التصرفات ومناسبتها فى الظروف التى — إذا رأى مع سلامتها من الناحية القانونية — أنها قد صدرت غير ملائمة للظروف التى اتخذت فيها أو غير ملائمة لمقتضيات حسن سير العمل فى المرفق العام .

وقد ينص القانون أحياناً على أن تكون بعض قرارات المرءوسين نهائية ، وهنا تصبح سلطة الرئيس مقصورة على رقابتها من ناحية المشروعية فقط دون الملاءمة ، بمعنى أن يكون من حقه تعديلها أو إلغاؤها أو سحبها حسبما تقضى مبادىء المشروعية فقط . ولكنه لا يستطيع إلغاؤها بسبب عدم ملاءمتها للظروف التى اتخذت فيها .

والرقابة الرئاسية قد تمارس بطريقة تلقائية أى من الرئيس نفسه دون أن يطلب ذلك منه أحد ، كما تمارس بناء على تظلم يقدم من صاحب الشأن المضرور إلى الرئيس المختص ناعيا أوجه الخطأ على تصرف المرؤس الذى أصدر القرار ، وهو ما يسمى فى فقه القانون الإدارى بالتظلم الرئاسى [١] .

وللرئيس أيضاً ما يسمى بحق الحلول : وهو أن يحل محل المرؤوس فى عمله إلا ما استثنى بنص خاص ، ويؤسس ذلك الحق على أن الموظفين على اختلاف مكانتهم فى السلم الإدارى أو الهرم الإدارى لا يمارسون اختصاصات أصيله ، وإنما هى اختصاصات منقوله إليهم من رؤسائهم أصحاب الحق الأصيل فى هذه الإختصاصات .

(١) وهناك أيضاً « التظلم الولائى » وهو الذى يقدمه صاحب الشأن المتضرر من القرار الإدارى إلى القرار نفسه عله يستجيب لتظلمه .

المطلب الثانى

صور المركزية الإدارية

المركزية الادارية على صورتين ، المركزية المطلقة والمركزية المعتدلة أو ما يسمى بعدم التركز الإدارى .

أولا : المركزية المطلقة أو المتطرفة

فى هذه الصورة من صور المركزية تتركز الوظيفة الإدارية بكاملها فى يد السلطة المركزية فى العاصمة وفى الوزارات القابعة فيها ، فتتلاشى سلطة ممثلى الوزارات أو سلطة المديرين فى الأقاليم فى إتخاذ قرار نهائى فى موضوع ما ، وإنما يرجع إلى الحكومة فى العاصمة لتبت هى فى الأمر بقرار منها .

وتعبر هذه الصورة من صور المركزية عن النشأة الأولى للمركزية ، فهى تركز السلطة الإدارية بكافة مظاهرها فى يد الوزراء ورؤساء المصالح الحكومية الموجودون فى كعبة البلاد ، وهى بذلك قد تكون متمشية مع ظروف المجتمعات البدائية ومع الدولة فى بداية نشأتها . فقد حرص الملوك فيما مضى على توكيد سلطانهم ودعم نفوذهم وتم لهم ذلك بالقضاء على سلطان الأشراف والإقطاعيين ، وبوضع حد للسلطات المحلية المستقلة فى الأقاليم والمدن .

وقد أخذ الملوك بفكرة الإدارة المركزية الموحدة ، فصارت الوظيفة التنفيذية فى قبضتهم يمسكون بزمامها ، بحيث إن موظفى الأقاليم لم يكن لهم سلطة البت فى الأمور المحلية منفردين مهما كانت مناصبهم بل كان يتحتم عليهم الرجوع إلى السلطة المركزية فى العاصمة لتقرر هى ما تراه .

وقد يعهد إلى بعض عمال الجهاز الإدارى بمهمة البحوث الفنية وما يقتضيه ذلك من تحضير مشروعات القرارات الإدارية ، كما قد يخولون سلطة تنفيذ تلك القرارات الإدارية التى أصدرتها الحكومة المركزية ، غير أن هذه الإختصاصات لا تغير من ملامح النظام المركزى الكامل أو المطلق ،

طالما أن ممثلى الحكومة فى الأقاليم ليس بيدهم سلطة التقرير ، أي البت النهائى بقرار يصدر منهم فى المشاكل التى تعرض عليهم (١) .

ثانيا : المراكز المعتدلة (أو عدم التركيز الإدارى أو اللاوزارية)

لم يعد ممكناً فى العصر الحاضر الأخذ بالمركزية المتطرفة على النحو السابق بيانه نظراً لازدياد نشاط الدولة وإتساع مجالات تدخلها ، خاصة مع تعقد الحيـــاة الإدارية بل صار مستحيلا على الهيئات المركزية فى العاصمة (كالوزارات) أن تبسط إشرافها على كل الشئون الادارية فى أرجاء الدولة أو أن تستجيب للخدمات المتنوعة التى تشمل جميع السكان بأسلوبها المركزى ينضاف إلى ذلك أن ضرورات الإصلاح الإدارى صارت تفرض تخفيف العبء الإدارى عن العاصمة فى البث فى كل الأمور ، كما يتفرغ الوزراء للمسائل القومية أو المشتركة التى تهم جميع أقاليم الدولة ، وحتى تكون الأساليب الإدارية المتبعة أكثر فاعلية فى إنجاز المصالح العامة ومن ثم صار محتما منح قدر من الاستقلال لبعض الهيئات الإدارية وفروع الوزارات لتصريف الشئون الادارية دون الرجوع إلى السلطة المركزية فى العاصمة ، ومن هنا كان أسلوب عدم التركيز الإدارى .

فعدم التركيز الإدارى هو صورة مخففة من المركزية ، من شأنه أن يوكل ببعض المهام والاختصاصات الإدارية إلى فروع الورارات ومصالحها فى العاصمه أو فى الأقاليم ، لتستقل بها ويكون لها بشأنها سلطة البت النهائى .

ولاشك فى أن الاستقلال الذى يمنح إلى الوحدات الإدارية التابعة للإدارة المركزية ليس استقلالا كاملا عن الوزير أو كبار الرؤساء فى العاصمة ، وإنما هو استقلال بقدر ما يمنحه الوزير من اختصاصات إلى تلك الهيئات التابعة .

ويلاحظ أن النظم الإدارية لا تنهض على أسلوب التركيز وحـــده أو عدم التركيز وحده وإنما تمزج بينهما . بما يحقق فاعلية النشاط الإدارى ، ويكفل أداء الجهات الحكومية لمهامها على الوجه الأتم .

---

(١) عثمان خليل ، التنظيم الإدارى فى الدول العربية = محاضرات لقسم القانون بمعهد الدراسات العربية ١٩٥٩ ص ١١ ، مشار إليه فى طعيمة الجرف المرجع السابق ص ١٦٨ .

والحديث عن أسلوب عدم التركيز الادارى يجرى إلى الحديث من التفويض فى الاختصاصات لوجود صلة قوية بينهما .

عدم التركيز الادارى والتفويض [(١)] :

تتجلى صورة عدم التركيز الإدارى بالمعنى الذى بيناه آنفاً فى ظاهرة التفويض فى الإختصاصات .

والتفويض فى فقه القانون العام معناه أن يعهد صاحب الإختصاص فى ممارسة بعض اختصاصاته إلى موظف آخر .

والتفويض على هذا النحو يصدر فى الغالب الأعم من موظف يحتل مرتبة أعلى فى السلم الإدارى إلى من هو أدنى منه ، ويتكفل القانون عادة بتحديد مدى العلاقة بين الرئيس الذى يفوض فى اختصاصه والمرءوس الذى يتلقى منه ذلك التفويض .

أهميـــة التفويض :

يشغل التفويض فى الإختصاص مكانة هامة فى ميدان القانون العام نظراً لأهميته فى الحياة العملية ، فهو يواجه زيادة الأعباء الملقاة على عاتق الرؤساء سيما الأعباء الطارئة والتى تزداد يوماً بعد يوم ، بسبب كثرة المشاكل الإدارية وتعقدها ، كما أنه يحقق عدم التركيز الإدارى ، وفى ذلك ما يحقق السرعة المطلوبة وهى طابع العصر الحديث ومن ثم نلبى احتياجات الجماهير من غير تباطوء .

كما يتيح لهم زيادة درجات التظلم من القرارات الإدارية . حيث يصبح من حقهم أن يتظلموا من القرار الإدارى إلى الرئيس الأعلى الذى فوض فى اختصاصاته (وهو ما يسمى بالتظلم الرئاسى) فضلا عن حقهم الأصيل فى التظلم إلى مصدر القرار ذاته (التظلم الولائى) . وأهمية هذا الوجه من وجوه الطعن تبدو وبصفة خاصة فى حالة انغلاق طريق الطعن القضائى ، أو فى حالات عدم الملاءمة التى قد تشوب القرارات الإدارية حيث يمتنع على القضاء رقابتها كأصل عام .

(١) د . عبد الفتاح حسن ، التفويض فى القانون الإدارى وعلم الإدارة العامة ٧٠ / ١٩٧١ .

وأخيراً فان من شأن التفويض تدريب المرؤسين على الاضطلاع بدور الرؤساء أوازدياد ثقتهم فى أنفسهم ، وبالتالى كان من بين الوسائل الممدوحة المحمودة فى علم الإدارة العامة لأنه يساهم فى خلق القيادات الإدارية وينميها وهى ثروة لا يستهان بهـا .

شروط التفويض :

لما كان التفويض يمثل علاقة قانونية بين إثنين من الموظفين هما عادة الرئيس والمرءوس ، فإن تلك العلاقة تتطلب شروطاً لممارستها ضماناً لسلامة عملية التفويض من الناحية القانونية ، وتوجز هذه الشروط فيما يلى :—

١ — أن يكون التفويض منصوصاً عليه سلفاً فى القانون .

٢ — أن يصدر من السلطة المختصة قانوناً .

٣ — أن يكون فى الحدود التى رسمها الشارع له .

٤ — التفويض لا يكون إلا جزئياً ، أى فى بعض الإختصاصات فالتفويض الشامل للإختصاص يعتبر تنازلا عن السلطة وهو أمر غير جائز قانونا ، لأن التفويض يمارس للمصلحة العامة وليس لمصلحة الموظف الشاغل للدرجة العليا .

٥ — وأخيراً فإن التفويض لابد أن يكون مكتوباً .

ويلاحظ أنه بجوار التفو يض فى ممارسة الإختصاصات والذى انطوى حديثنا عليه ، يوجد نوع آخر من التفويض وهو ما يسمى بالتفويض فى التوقيع .

والفارق الرئيسى بين النوعين أن التفويض من النوع الأول يؤدى إلى نقل الإختصاص إلى المفوض اليه ، أما تفويض التوقيع فهو لا يتضمن نقلا للإختصاصات ، فهو ليس إلا نوع من الثقة يوليها الرؤساء لبعض مرؤوسيهم

وبالتالى فإن القرار الصادر بناء على تفويض فى التوقيع يكون منسوباً إلى الرئيس الذى فوض التوقيع ، وليس إلى الموظف المفوض فى ذلك إذ أنه لم يحدث نقل للإختصاص .

التفويض والحلول [1]

نكون بصدد الحلول فى الإختصاص حين يتغيب صاحب الإختصاص لمانع ما ، وحينئذ يقوم مقامه بالعمل موظف آخر يكون المشرع قد عينه أو حدده سلفاً . ومن ثم فالحلول يقترب من التفويض فى أن كلاهما ينقل الإختصاص من صاحبه إلى آخر .

ويترتب على ذلك أن الموظف الذى يقوم بتصريف الأمور حالا محل صاحب الإختصاص ، يتمتع بنفس السلطات والصلاحيات التى يتمتع بها صاحب الإختصاص الأصلى . على عكس التفويض حيث لا يكون من حق المفوض (بفتح الواو) سوى ممارسة الإختصاصات المحددة التى فوض فيها وحدها .

وهناك نتيجة هامة تترتب على الحلول ، وهى أن الأصيل لا يتحمل المسئولية عن التصرفات التى اتخذت فى فترة غيابه . ومن ناحية أخرى فإن صاحب الإختصاص الأصيل لا يعتبر أنه فى درجة رئاسية أعلى ممن حل محله فمرتبتهما واحدة . وذلك بعكس التفويض حيث لا يكون المفوض إليه فى مرتبة من فوضه ، وإنما يكون الأخير فى درجة وظيفية أعلى منه .

المطلب الثالث

تقدير نظام المركزية

سبق البيان بأن المركزية الإدارية كانت بمثابة ظاهرة طبيعية صاحبت الدولة الحديثة لأنها تقوم على جمع شتات السلطات المبعثرة أو المتفرقة داخل الدولة ، وهناك كثير من الدول التى بلغت شأواً فى التقدم والرقى تأخذ بنظام المركزية كأسلوب من أساليب التنظيم الإدارى بسبب مزاياها العديدة ، ومع هذه المزايا فإن هناك أيضاً بعض المآخذ ونسرد فيما يلى أهم المزايا والعيوب : —

---

(١) الحلول هنا غير الحلول الذى يثبت لجهة إدارية عليا ويسمح لها بأن تحل محل هيئة أدنى منها فى مباشرة أحد الاختصاصات ، وذلك فى حالة الرقابة والوصائية التى تمارسها الإدارة المركزية على الوحدات اللا مركزية .

أولا : المزايـــا

١ — المركزية تعمل على تدعيم السلطة العامة وبث نفوذها داخل أرجاء الدولة ، وذلك ما يفسر اتجاه الدول الناشئة إلى الأخذ بهذا الأسلوب باعتباره ضرورة لها حتى تسيطر الحكومة المركزية على الوظيفة الإدارية فى الدولة كلها ، فيتسنى بذلك وأد كل حركة انفصالية يمكن أن تقوم .

كذلك فإن المركزية الإدارية تسعف الحكومات الثورية فى إجراء التنفيذ الشامل الذى تنشده عادة فى كافة المؤسسات . فتحقق بذلك تجسيد آمالها وبلوغ طموحها .

٢ — تؤدى المركزية إلى تجانس العمل الإدارى فى أرجاء الدولة لأنها توحد نمط أدائه ، فلا يختلف من منطقة إلى أخرى أو من إقليم لآخر . وهو ما يؤدى مع الزمن إلى استقرار الأوضاع الإدارية ورسوخها مما يسهم فى التيسير على المتعاملين مع الإدارة .

٣ — المركزية تعتبر هى الأسلوب الإدارى الذى يلائم المرافق القومية التى تهدف إلى تحقيق النفع العام لكافة سكان الدولة ، لأن هذه المرافق ذات طابع قومى فهى تهم الدولة بأسرها . فليس من العدل إلقاء عبئها على هيئة محلية . ولذلك فإن الخزانة العامة هى التى تتحمل أعبائها المالية وهذا يؤدى بدوره إلى تحقيق العدالة والمساواة بين الأفراد ، لأن تكاليف هذه المرافق القومية ستوزع على كافة المواطنين وليس على إقليم بعينه .

٤ — تطبع المركزية الوظيفية الإدارية بسمات العدالة والبعد عن المحسوبية لأن النظرة إلى الجميع ستكون واحدة ، بعيدة عن التأثر بالاعتبارات الشخصية محلية كانت أو مصلحية .

٥ — تحقق قصداً كبيراً فى الإنفاق لما يكشف عنه العمل من إسراف الهيئات اللامركزية فى النفقات ، وبسبب ما يتميز به موظفو السلطة المركزية على موظفى الإدارات المحلية من المهارة والكفاءة فى العمل والإنتاج .

ثانيا : العيــوب

لم تسلم المركزية من الانتقادات التى وجهت إليها كنظام إدارى ، وهذه العيوب توجز فيما يلى : —

١ — تحول المركزية دون تفرغ الرؤساء للوظائف الأساسية الهامة والتى يجب أن يقتصر دورهم عليها ، التخطيط والإشراف ورسم السياسات العامة نظراً لانشغالهم بأعباء الوظيفة الإدارية كلها صغيرها وكبيرها .

٢ — يتعارض الأسلوب المركزى مع مبدأ راسخ فى علم الإدارة العامة ألا وهو ديمقراطية الإدارة ، تلك التى تحض على اشتراك المرؤسين ومساهمتهم فى إصدار القرارات الإدارية ، لما لذلك من أثار مفيدة تفصلها كتب الإدارة العامة ، ومن ثم فإن نظام التركيز يفضى إلى الاستبداد بالسلطة .

كما يحول دون تدريب المرؤسين على الاضطلاع بالمهام الرئيسية .

٣ — البطء فى إنجاز الأعمال الإدارية وفى اتخاذ القرارات ، لأن استئثار السلطة المركزية بكل أعباء الوظيفة الإدارية من شأنه أن يطيل الإجراءات فتتزاحم الأعمال والقرارات عند القمة .

٤ — قد ينجم عند المركزية اتخاذ قرارات غير رشيدة ، والسبب فى ذلك أن الرئيس الأعلى قد يعول على بيانات غير صحيحة أو غير وافية قدمها المرءوسون فى أدنى السلم الإدارى . وإزاء هذه العيوب السابقة فإن كثيرا من الدول قد انتهجت الأسلوب اللامركزى بالقدر الذى يتناسب مع ظروفها . سيما بعد ازدياد تيار الاتجاهات الاشتراكية والديمقراطية ، وحين نأتى إلى دراسة اللامركزية ومزاياها تتكشف لنا أيضاً عيوب نظام المركزية الإدارية .

المبحث الثالث

اللامركزية الاداريـــة

حتى تتضح معالم اللامركزية فإننا سنقوم بتعريفها وبيان صورها وأركانها والنظم المشابهة لها ومالها من مزايا وما يؤخذ عليها من عيوب .

أولا : تعريف اللامركزية الإدارية .

يقصد باللامركزية الإدارية توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومة المركزية وبين هيئات إدارية أخرى مستقلة أما على أساس إقليمى أو على أساس مصلحى ، وهذه الهيئات تباشر سلطاتها تحت رقابة الدولة .

فاللامركزية على خلاف المركزية ترمى إلى تعدد الأشخاص الإدارية التى تتمتع باستقلال قانونى ذاتى . وتباشر سلطاتها بأساليب قد تختلف من شخص إدارى لآخر . وذلك لا ينفى خضوعها لرقابة الدولة وإشرافها خضوعاً يختلف مداه ضيقاً واتساعاً من هيئة إلى أخرى .

واللامركزية الإدارية تواكب الإتجاه المعاصر الذى يرمى إلى تحقيق مزيد من الديمقراطية للشعوب ، فلم تعد الشعوب تقنع من الديمقراطية باشتراكها فى اختيار الحاكم والمساهمة فى تصريف شئون الحكم ، بل ازداد حرصها أيضاً على المساهمة الفعالة فى تصريف شئون الإدارة وعلى تحمل المسئولية الكاملة فى إدارة المشروعات التى تفى بحاجاتهم . ومن ثم اتجه النظام الإدارى فى تطوره نحو عدم تبعية الهيئات الإدارية المحلية للحكومة المركزية ، فلم تعد تملك حيالها ما تملك على أعضائها التابعين لها من سلطات رئاسية .

كما اقتضى التطور أيضاً أن تخرج بعض المشروعات العامة من ميدان النظام المركزى ، لتصبح أشخاصاً إدارية تتمتع بالاستقلال وتلكم هى الهيئات والمؤسسات العامة [١] .

ثانيا : صور اللامركزية الادارية :

تتخذ اللامركزية صوراً عديدة ، فهناك لامركزية محلية وأخرى مصلحية ثم لا مركزية كاملة ولا مركزية جزئية ، فما أساس هذه التقسيمات ؟ يتضح ذلك من دراسة هذه الصور كل منها على حده .

---

(١) طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها .

(أ) اللامركزية الإدارية المحلية (أو الإقليمية) واللامركزية المصلحية (أو المرفقية أو الهيئات العامة).

تتشعب اللامركزية إلى لا مركزية إقليمية ولامركزية مصلحية ، وذلك على أساس الإختصاص الممنوح لكل منها ، فإذا كان توزيع الإختصاصات قدتم على أساس إقليمى أو محلى كنا بصدد اللامركزية الإقليمية أو المحلية . ومثال ذلك المحافظات (الألوية) والمدن التى تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة .

أما إذا كان توزيع الاختصاص قد تم على أساس موضوعى أى التخصص فى نشاط معين لتحقيق هدف معين يلتزم الشخص الإدارى بتحقيقه . كنا بصدد لا مركزية مرفقية أو مصلحية . ومثال ذلك الهيئات العامة أو المؤسسات العامة ، كمؤسسة الكهرباء مثلا التى ينحصر نشاطها فى إمداد جمهور الأفراد بالتيار الكهربائى فلا تتجاوز هذا الغرض .

والنوع الأول من اللامركزية وهى اللامركزية الإقليمية يقصد به أن تقوم هيئة إدارية بدلا من السلطة المركزية بتصريف الشئون المحلية وإشباع الحاجات العامة لجزء من إقليم الدولة ، مع تمتع تلك الهيئة بالشخصية المعنوية .

أما النوع الثانى وهى اللامركزية المصلحية فهى تقوم على منح الشخصية المعنوية لهيئة إدارية يعهد إليها بتحقيق غرض معين ، وهذه الهيئة قد يشمل إختصاصها كل إقليم الدولة كمرفق السكك الحديدية والتليفونات . أو تقتصر على إقليم محدد فقط .

ومثالها الجامعات الإقليمية التى يقتصر القبول بها على أبناء إقليم محدد . وكذا مرافق النقل الداخلى المتمتعة بالشخصية المعنوية .

(ب) اللامركزية الكلية أو المطلقة واللامركزية الجزئية أو النسبية : —

تتنوع اللامركزية فى العمل بحسب الأخذ بشرط الانتخاب العام فى تشكيلها إلى صورتين ، اللامركزية الكلية واللامركزية الجزئية .

١ — اللامركزية الكلية أو المطلقة

فى هذه الصورة من اللامركزية ، لا يكون هناك أعضاء معينين من قبل الحكومة ، وإنما يصير تشكيل مجلس الهيئة اللامركزية من أعضاء منتخبين

بواسطة الأفراد ، ولا يكون هناك أعضاء معينين من الحكومة ، وبذلك تؤدى اللامركزية إلى توزيع كامل للوظيفة الإدارية ، إذ يتلاش سلطان الحكومة المركزية على الأشخاص المديرين للشخص المعنوى .

٢ — اللامركزية الجزئية (أو النسبية)

فى هذا النوع من اللامركزية يتم تشكيل مجالس إدارة الهيئات اللامركزية من أعضاء منتخبين ومن أعضاء معينين معاً ، فالأعضاء المنتخبين ينتخبهم الأفراد الذين تمثلهم الهيئة اللامركزية أى المواطنون فى محافظة معينة مثلا ، والأعضاء المعينون المنتخبين يأتون من قبل الحكومة ويخضعون لها خضوعاً رئاسياً . والحكمة من تعيينهم هو سد النقص فى المتخصصين والفنيين مم تحول المعارك الانتخابية دون فوزهم لعضوية هذه المجالس . ولا يخل بالصفة اللامركزية وجود هؤلاء الأعضاء المعينين طالما أن الأغلبية هى للأعضاء المنتخبين .

ثالثاً : — أركان اللامركزية الإدارية : —

أركانها بوجه عام :

يجمع شراح القانون العام (١) على أن اللامركزية تتأسس على ركنين أساسين سواء كانت إقليمية أو مرفقية . كما أن هناك أيضاً أركان خاصة باللامركزية الإقليمية ، فأما ركنى اللامركزية بصفة عامة فهما :

(١) الشخصية المعنوية .

٢ — الاستقلال .

وكلا العنصرين لا غنى عنهما لقيامها ، فالتمتع بالشخصية المعنوية وحده لا يكفى ، والاستقلال أيضاً وحده لا يكفى . فكثيراً ما تتمتع الأشخاص الإدارية — كالمؤسسات العامة بالشخصية المعنوية ؛ ولكنها مع ذلك تفقد استقلالها من الناحية الفعلية بسبب أن مديريها يكونون معينين من قبل السلطة المركزية ،ويخضعون لرقابة كثيفة ضاغطة من جانبها تفقدهم الاستقلال المنشود للهيئة الإدارية . كذلك فإنه فى غياب الشخصية المعنوية للوحدة الإدارية

---

(١) طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٢٦٣ .

لا تكون بصدد اللامركزية ولا يزيد الأمر عن أن يكون مجرد تحقيق نوع من عدم التركيز الإدارى . فالقضاة والوزراء مثلا يتمتعون بالاستقلال ولكنهم لا يمثلون أدنى مظهر للامركزية رغم هذا الاستقلال الممنوح لهم .

أركان اللامركزية الإقليمية

بالإضافة إلى الركنين السابقين ، تستلزم اللامركزية الإدارية المحلية أو الإقليمية وجود ركنين آخرين وهما :

١ — وجود مصالح محلية متميزة .

٢ — سلطات محلية تسهر على تحقيق هذه المصالح .

وسنبين فى إيجاز هذين الركنين : —

(١) مصالح محلية متميزة : —

الهدف من اللامركزية الأقليمية تحقيق الصالح العام أو إشباع الحاجات العامة فى منطقة جغرافية معينة ، وذلك يستلزم أن تكون هناك مصالح عامة محلية أو متميزة ، من الأجدر أن يترك النشاط الإدارى بشأنها للهيئة الإدارية الإقليمية ، كى تتفرغ الحكومة المركزية لإشباع الحاجات القومية التى تتصل بالدولة كلها ، ولكن ما هى المصالح المحلية وكيف تتحدد ؟

عادة ما يتولى المشرع بنفسه تحديد تلك المصالح المحلية التى يعهد بها إلى الشخص اللامركزى . وأحياناً يتكفل الدستور بهذا الأمر أو يضع الإطار العام لذلك ، وهنا يكون على الشرع العادى أن يتولى بيان تلك المصالح المحلية فى الإطار الذى رسمه له الدستور .

فالمادتان ١٠٩ ، ١١٠ من الدستور اليمنى مثلا تحدثنا عن نظام الإدارة المحلية ، ونصت المادة الأخيرة على أن يكون للوحدات الإدارية مجالس محلية تمارس شئون المنطقة بطريقة ديمقراطية وفقاً للقانون .

فالدستور قد أفاد بوجود مصالح محلية يعهد إلى مجالس محلية ، وعلى المشرع — مجلس الشعب — أن يتولى من جانبه تحديد تلك المصالح التى يناط بالمجالس المحلية تحقيقها .

(٢) سلطات محليـــة منتخبة : —

المصالح المحلية تستلزم وجود سلطة تسهر على رعايتها وأن يكون أصحاب هذه السلطة من بين الأفراد الذين يقيمون فى دائرة الشخص الإقليمى وينتفعون بخدماته ، ولبلوغ ذلك فإنه ينتخب من بين هؤلاء الأفراد ممثلين عنهم ليعبروا عن إرادة الشخص المعنوى الإقليمى لأنهم أكثر دراية بمصالحه وحاجيات أبنائه . ويرى بعض الفقه أن الانتخاب ليس شرطاً فى تكوين مجالس الهيئات المحلية طالما قد توافر الاستقلال للشخص المعنوى الإقليمى . ومن ثم يجوز أن يكون التشكيل بطريق التعيين..

رابعا : العلاقة بين السلطة المركزية والأشخاص اللامركزية (الوصاية الإداريـــة)

تتمتع الأشخاص الإدارية اللامركزية باستقلال فى إدارة شئونها ، ومع ذلك فهى تخضع لرقابة من جانب السلطة المركزية قد يضيق مداها وقد يتسع ، وهو ما يطلق عليه فى فقه القانون العام الرقابة الإدارية أو الوصاية الإدارية .

فالأشخاص المحلية كالمحافظات (الألوية) تمارس اختصاصها وفقاً للسياسة العامة للدولة ، عملا بالمبدأ التنظيمى الأساسى « مركزية التخطيط ولا مركزية التنفيذ » . فالوزراء كل فيما يخصه له الحق فى متابعة نشاط الوحدات المحلية لمعرفة مدى التزامها بالخطة العامة للحكومة والسياسة العامة للدولة .

والرقابة الإدارية على الأشخاص اللامركزية تتفاوت من دولة إلى أخرى وفقاً للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية . وفى هذا الصدد يوجد أسلوبين أساسين للرقابة ، الأسلوب الإنجليزى والذى تنتهجه بريطانيا والدول الأنجلو سكونية ، والأسلوب الفرنسى الكائن فى فرنسا والدول اللاتينية وسنوضح كلا الأسلوبين فى إيجاز :

الأسلوب أو النمط الإنجليزى :

تتحدد اختصاصات الهيئات اللامركزية فى النظام الإنجليزى على سبيل الحصر وتتمتع تلك الهيئات بحرية واسعة فى ممارسة نشاطها ، فلا تخضع إلا لرقابة ضئيلة من جانب البرلمان أو القضاء أو السلطة المركزية .

ورقابة السلطة المركزية تكاد تكون مقصورة على الأمور الآتية : —
حق التفتيش على أعمالها واسداء النصيحة .
فى حالة مخالفة الهيئة المحلية للقوانين واللوائح التى تنظم اختصاصاتها تلجأ الحكومة للقضاء — مثل الأفراد — لإجبار الهيئة على احترام القانون .

— فى حالات استثنائية يكون للحكومة إصدار لوائح تتعلق ببعض الأمور الخاصة بتلك الهيئات .

— فى أحوال استثنائية أخرى تتمتع الحكومة بحق الإشراف على الهيئات المحلية فيما يتعلق بتصرفها فى الأملاك الأميرية ومساكن العمال والقروض . . . . الخ[1] .

النمط الفرنسى :

يتحدد اختصاص الهيئات اللامركزية فى النظام الفرنسى طبقاً لقاعدة عامة وليس على سبيل الحصر . وتخضع الهيئات المحلية كما هو الشأن فى النظام السابق لرقابة من جانب البرلمان والقضاء والحكومة . بيد أن الرقابة الحكومية أوسع مدى من مثيلتها فى النظام الإنجليزى . فهى رقابة على الهيئات نفسها ورقابة على أعمالها .

فأما الرقابة على الهيئات نفسها فهى تباشر تجاه مجالس إدارة هذه الهيئات ، وتتمثل فيما هو للحكومة من حق فى حل وإيقاف المجالس المحلية ، — ولكن ليس لذلك الحل أو الإيقاف أثر على الشخصية المعنوية للهيئة — والحق فى تعيين بعض أعضاء المجالس المحلية .

وأما الرقابة على الأعمال ، فهى تنبسط على الأعمال الإدارية وإجراءات تنفيذها . فبعض الأعمال يشترط بخصوصها ضرورة الحصول على إذن سابق من السلطة المركزية ، أو موافقة لاحقة لها صريحة أو ضمنية .

كما يثبت للسلطة المركزية أحياناً سلطة التعقيب على قرارات الشخص

(١) الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

اللامركزى، كالحق فى وقف أو إلغاء القرارات الصادرة من الهيئات اللامركزية، على أن يكون ذلك الحق منصوص عليه صراحة فى القانون.

وإذا امتنعت الهيئة اللامركزية عن القيام بعمل هو من صميم اختصاصها، تحل السلطة المركزية محلها استثناءاً فى تنفيذ ذلك العمل إذا كان القانون يخولها هذا الحق، كما فى حالة المصاريف الإلزامية، تلك التى يجب أن تدرج فى ميزانية الشخص اللامركزى، فإذا قصر فى ذلك كان من حق السلطة المركزية أن تدرجها فى ميزانيته.

وفى مرحلة تنفيذ قرارات الشخص اللامركزى الخاضع للرقابة، فقد يحتاج ذلك إلى تدخل من جانب السلطة المركزية كنزع ملكية عقار يحتاجه الشخص اللامركزى، وهنا يكون للسلطة المركزية أن تقوم بنزع الملكية أو تمتنع عن ذلك، بحسب تقديرها لمدى سلامة تصرف الشخص المعنوى فى هذا الصدد.

حدود الرقابة على الأشخاص اللامركزية

الرقابة التى تمارسها السلطة المركزية على الأشخاص اللامركزية ليست رقابة مطلقة وإنما تخضع لقيود معينة، فلا يغيب عن البال أن الأشخاص اللامركزية تتمتع بالاستقلال كأصل عام ومن ثم فلا يجب أن نفرض الرقابة إلى الحد الذى يقضى على هذا الاستقلال.

فهناك إذن ضوابط عديدة تحدد إطار ممارسة هذه الرقابة وهى:

أولا: الأشخاص اللامركزية هى التى تعمل بداءة.

فالرقابة السابقة على الأعمال على غرار ما شاهدناه فى النظام المركزى، تمتنع ممارستها هنا كأصل عام ومن ثم فلا يجوز للسلطة المركزية إصدار أوامر إلى الشخص اللامركزى سابقة على تصرفه. كما لا يجوز للسلطة المركزية أيضاً الحلول محله فى اتخاذ قرار لم يقم باتخاذه بعد، إلا إذا نص القانون صراحة على منحها هذا الحق.

فإذا حدث وأن قامت سلطة الوصاية بإصدار أوامر رئاسية سابقة إلى الشخص اللامركزى فإنها تكون غير مشروعة ولا تلزم تلك الجهات [١] .

ثانياً : يجوز للشخص اللامركزى العدول عن قرار أو تصرف معين نال تصديقاً من السلطة المركزية، إذا رأى أن المصلحة العامة تتطلب ذلك ، وعلة هذا أن القرار الذى أصدره كان وليد بحثه هو ابتداء ، ومن ثم فهو أقدر على وزن الاعتبارات المتعددة بخصوصه وبالتالى فلا تثريب عليه إن عاد عنه .

ثالثاً : بالنسبة للرقابة اللاحقة على الأعمال :

السلطة المركزية لا تملك إزاء تصرفات الشخص اللامركزى إلا أحد أمرين ، فهى إما أن تصدق عليها برمتها أو تمتنع عن التصديق عليها جملة ، فلا يجوز لها اجراء أى تعديل عليها .

رابعا : الشخص اللامركزى يثبت له الحق فى الطعن على تصرفات السلطة المركزية لأنه يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة ، ويجب أن تتاح له فرصة الدفاع عن وجهة نظره فى التصرف موضع الخلاف بينه وبين السلطة المركزية . ومثال ذلك الخلاف الذى قد يدور بين السلطتين حول إنشاء إحدى المرافق العامة الإجبارية والذى يتطلب لإنشائه تكاليف كثيرة وباهظة، إذ ترى السلطة المحلية أنها ملزمة قانوناً بإنشاء ذلك المرفق، بينما ترى السلطة المركزية سلطة الرقابة أن الوقت لم يحن بعد لإنشاء مثل هذا المرفق .

كيفية ممارسة تلك الرقابه :

تمارس الحكومة المركزية رقابتها أو وصايتها على الأشخاص الإدارية اللامركزية عادة من كعبة البلاد وعاصمتها . وقد تمارس هذه الرقابة بواسطة ممثلين تابعين للوزارات منبثين فى الأقاليم ، أى باتباع أسلوب اللاوزارية أوعدم التركيز الإدارى .

كما قد تمارس هذه الرقابة بعض الهيئات اللامركزية نفسها على هيئات لا مركزية أخرى أقل شأناً ، كأن يعهد إلى مجلس المحافظة (اللواء) ببعض

(١) عاصم عجيلة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ .

مظاهر الرقابة الإدارية على أعمال مجالس المدن (القضوات) أو القرى الكائنة فى دائرته .

خامسا : اللامركزية والنظم الأخرى المشابهة :

قد تختلط اللامركزية الإدارية بنظم قانونية أخرى مشابهة لها ومن ثم وجب التميز بينهما ، وهذا التشابه قد ينشأ بين اللامركزية وعدم التركيز الإدارى من ناحية وبينها وبين اللامركزية السياسية من ناحية أخرى .

اللامركزية وعدم التركيز الإدارى

سبق البيان بأن من صور المركزية ما يسمى بعدم التركيز الإدارى أو اللاوزارية ، وقد قلنا بأن عدم التركيز الإدارى يعنى منح السلطة المركزية بعض اختصاصاتها لممثليها من الموظفين فى فروع الإدارات الحكومية فى العاصمة والأقاليم عن طريق تخويلهم سلطة البت النهائى فى بعض المسائل أو المشاكل الإدارية دون الرجوع إلى الادارة المركزية فى العاصمة .

وهذا الأسلوب ممدوح فى الفقه ، لأنه يختصر كثيراً من الإجراءات والوقت وييسر على المواطنين قضاء مصالحهم ، كما يعتبر خطوه نحو الأخذ باللامركزية ، ومع ذلك فلا يعتبر هذا النظام لامركزية إدارية مهما كانت الملامح بين النظامين متقاربة كثيراً ، لأن الاستقلال الذى يمنح إلى موظفى السلطة المركزية يعتبر استقلالا عارضاً وليس أصيلا ، بخلاف الحال فى اللامركزية الإدارية حيث تستقل الأشخاص الإدارية عن الإدارة أو السلطة المركزية استقلالا مفروضاً ، ويعتبر بمثابة أصل عام ولا ينتقص منه إلا على سبيل الاستثناء .

ومن ناحية أخرى فان إختصاصات موظفى السلطة المركزية فى حالة عدم التركيز الإدارى لا يكون شاملا لكل أنواع النشاط الإدارى ومشاكل الوظيفة الإدارية ، بخلاف الحال فى ظل اللامركزية الإدارية سيما الإقليمية ، حيث تختص الأشخاص اللامركزية كأصل عام بمباشرة كافة أنواع النشاط الإدارى فى دائرة الإقليم إلا ما حرم عليها بنص خاص .

أما فيما يتعلق بالمسئولية الإدارية فى ظل اللامركزية ، فإنه يسأل الشخص

الإدارى اللامركزى وحده عن أعماله وتصرفاته لأنها تنسب إليه دون الحكومة المركزية . أما فى ظل نظام عدم التركيز الإدارى ، فتسأل السلطة المركزية عن أعمال ممثلى الحكومه المركزية ، لأنهم مهما أوتوا نصيباً من الاستقلال فى البت فى الأمور فإن تصرفهم ينسب إلى الوزارة التى يتبعونها فى نهاية الأمر ولا ينسب إليهم مباشرة . ومن ثم تتحمل السلطة المركزية كامل المسئولية عنهـم .

اللامركزية الإدارية واللامركزية السياسية

اللامركزية الادارية أسلوب من أساليب التنظيم الإدارى أى أنها تتصل بالإداره وتنظيمها ، ولذلك توجد فى الدول البسيطة كما نجدها فى الدول الاتحادية .

أما اللامركزية السياسية فهى أسلوب من أساليب الحكم . ولذلك توجد فى الدول ذات الإتحاد المركزى فقط حيث تؤدى إلى تفتيت السلطة السياسية فى الدولة بين أشخاص سياسية مختلفة تسمى ولاية أو دويلة أو مقاطعة تمتع كل منها بدستور وحكومة خاصة وكذا سلطات تشريعية وقضائية خاصة .

ومثال الدولة الآخذة بالنظام الفيدرالى حيث يوجد فيها نظام اللامركزية السياسية الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا .

وهناك فوارق هامه للتميز بين نظامى اللامركزيه الاداريه واللامركزيه السياسيه توجز فيما يلى [١] :

١ — اللامركزية الإدارية مقصورة على شئون الإدارة فلا تمتد إلى شئون الحكم ، كسن القوانين أما اللامركزية السياسية فهى تنظيم سياسى يوجد فى الدول الإتحادية ومقتضاها يكون لكل ولاية جهاز تشريعى خاص بسن القوانين ، كما يكون لديها جهاز قضائى مستقل أيضاً .

٢ — لكل ولاية فى اللامركزية السياسية دستور خاص بها خلاف

(١) ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

الدستور الإتحادى ومن ثم تملك تنظيم كافة شئونها الداخلية فى التشريع والقضاء والإدارة .

أما فى اللامركزية الادارية فإن استقلالها مهما بلغ مداه مقصور على ممارسة الوظيفة الادارية والنشاط الإدارى . فليس لها دستور خاص بها ينظم أمور الحكم فيها على غرار اللامركزية السياسية .

٣ — يتم توزيع الإختصاصات فى الإتحاد الفيدرالى بين دولة الإتحاد والدويلات المكونه لها عن طريق الدستور الإتحادى . بينما يتم توزيع الإختصاصات فى اللامركزية الإداريه وهى اختصاصات إدارية بمقتضى القوانين العادية وليس بمقتضى دستور .

٤ — تشارك الولايات الاتحادية (الدويلات) فى التعبير عن إرادة الدولة الإتحادية وعلى الأخص فى شئون التشريع وتعديل الدستور الإتحادى ، عن طريق مجلس منتخب يمثل الولايات يتم تشكيله بانتخاب عدد متساو من الأعضاء عن كل ولايه بصرف النظر عن حجم السكان ، أما فى اللامركزية الادارية فإن الشخص اللامركزى كالمحافظة أو المدينة لا يقوم بأى دور فى سن تشريعات الدوله أو تعديل الدستور فيها .

٥ — الدويلات أو الولايات أعضاء الإتحاد الفيدرالى تتمتع باختصاصات معينه تمارسها وحدها دون رقابة من الدولة الاتحادية . أما الوحدات الإقليمية فى اللامركزية الإدارية فهى كأصل عام خاضعة فى ممارسة اختصاصاتها لرقابة من جانب السلطة المركزية يتفاوت مداها من دولة إلى أخرى .

سادساً : مزايا وعيوب اللامركزية الإدارية (١)

أولا : المزايا :

١ — تخفيف الأعباء عن السلطة المركزية فالوظيفة الإدارية قد ازدادت مشاكلها ، وتنوعت المرافق العامة وكثرت أعدادها بسبب السياسة الاشتراكية

---

(١) أنظر محمود حلمى ، وفؤاد النادى ، المرجع السابق ص ٨١ .

واعتناق مذهب التدخل الذى تتبناه الدولة المعاصرة وقد تنوعت الحاجات العامه المراد إشباعها وتباينت ، وأدى كل ذلك إلى أنه قد صار مستحيلا فى العصر الحاضر أن تتركز الوظيفة الادارية وإشباع الحاجات العامة فى يد واحدة ، فصار من المحتم توزيع تلك الوظيفة على هيئات إدارية محلية ومصلحية لتخفف عن الحكومة المركزية جزءاً من العبء الكبير الملقى على عاتقها .

٢ — تحقيق مزيد من الإصلاح الإدارى . من حسنات النظام اللامركزى أنه يقرب الأجهزه الإدارية ، من منبع الحاجات العامة التى تتولى إشباعها ، وفى ذلك ما يؤدى إلى تفهم مقتضيات تلك الحاجات ويساعد على تبسيط الإجراءات واختصار المكاتبات ، فتتلافى ضياع الوقت فى الاتصال بأجهزة أخرى . وينتج عن كل ذلك سرعة إنجاز الأعمال الإدارية وتلاشى البطء والتعقيد ، وخاصة أن أعضاء الهيئة اللامركزية دائماً يكونون أحرص على أداء المرافق العامة لخدماتها على خير وجه ، فلديهم الغيرة، التى تدفع إلى ذلك.

٣ — اللامركزية نظام ديمقراطى :

من حسنات اللامركزيه أنها وسيلة فعالة لتحقيق ديمقراطية الإدارة وذلك بحكم أنها تشرك الشعوب فى إدارة شئونها المحلية بنفسها . فمن غير المستساغ أن يسمح للشعب بالاشتراك فى إدارة الشئون السياسية العليا ولا يسمح له بالمساهمة فى إدارة مصالحه الخاصة . ولذلك فهى نظام حر يتلاءم مع منطق العصر .

ويؤكد الفقه ضماناً لذلك أن الأساس الذى يجب إتباعه فى تشكيل واختيار أعضاء المجالس المحلية هو الانتخاب ، لأنه يرسى دعائم الديمقراطية للنظام اللامركزى .

٤ — اللامركزية مدرسة للناخبين :

فالنظام اللامركزى يقوم على المبدأ الديمقراطى الذى يشرك المواطنين فى إدارة الشئون المحلية، ويؤدى إلى تدريب الناخبين وممثليهم على المساهمة فى

إدارة الشئون العامة ، وبذلك تضمن إمداد الهيئة التشريعية (البرلمان) بأفضل العناصر والنواب ، والذين سبق لهم أن تدربوا على إدارة شئونهم العامه والمحليه .

٥ ـ افساح المجال للتجارب الإدارية الجديدة . .

تتبع الإدارة من حين إلى حين نظماً إدارية جديدة وقد يكون أجدى سبيلا أن نبدأ بتطبيقها فى إحدى المحافظات أو المحليات عموماً ، حتى إذا صادفت نجاحاً فيها (كنظام التعاونيات أو جمع الزكاة بمعرفة الجهات الحكوميه فى اليمن) أمكن تعميمها فى سائر إقليم الدولة ، وإلا كانت الأضرار محدودة .

٦ ـ الصمود فى وقت الأزمات :

قد تجتاح بعض الأقاليم كوارث طبيعية كالسيول والفيضانات والأوبئة الفتاكة ، ومن شأن الكوارث والمحن أن يختل النظام ويسود الاضطراب ، ومن شأن اللامركزية أنها توجد الحلول المناسبة فى الإقليم المنكوب دون إنتظار ورود حل من السلطة المركزية قد يطول أمده . فمنح الشخصية المعنوية للأشخاص اللامركزية يؤصل لديها عادة الاستقلال فى تصريف شئونها ، وبالتالى تصمد فى مواجهة الأزمات وتعمل على إجتيازها بنجاح .

٧ ـ العدالة فى توزيع الضرائب :

يتساوى المواطنون فى دفع الضرائب العامة إعمالا لمبدأ دستورى هو مبدأ المساواة أمام الأعباء أو التكاليف العامة . وتقوم الدولة بانفاق الأموال المحصلة من الضرائب ، ومن وجوه ذلك الإنفاق إنشاء المرافق العامه ، وقد تطغى العاصمة والمدن الكبرى فتستأثر بكثير من المرافق العامة دون المدن الصغيرة والقرى . وحينئذ يكون من حسنات اللامركزية أنها تضمن قدراً من العدالة فى توزيع حصيلة الضرائب العامة ، فلا تستأثر بها وحدها مرافق العاصمة والمدن الكبرى كما هو الشأن فى ظل المركزية الادارية ، فكل إقليم سينال نصيبه للإنفاق على المصالح المحلية .

العيـــوب :

ومع هذه المزايا التى تتوافر اللامركزية الادارية فقد وجهت اليه أوجه النقد الآتية : —

١ — المساس بالوحدة السياسية والإدارية للدولة .

فمن شأن الاستقلال الذى يمنح للاشخاص الإدارية أن تتكون مجموعات من الوحدات الإدارية المستقلة داخل الدولة مما يؤدى إلى تمزيق وحدتها السياسية والادارية وتفتيتها . وذلك على عكس النظام المركزى الذى يساعد على تثبيت سلطان الحكومة على كافة أرجاء الدولة . فهو باعتباره يقوم على مبدأ وحدة الإدارة العامة ووحدة الوظيفة العامة لا يؤدى إلى تفتيت الوظيفة الإدارية أو انقسامها وذلك بفضل نظام السلطة الرئاسية ، والذى بمقتضاه تبسط السلطة المركزية رقابتها على الموظفين كما تهيمن على مباشرة الوظيفة الإدارية فى سائر أقاليم الدولة .

٢ — إعلاء المصلحة الخاصة والمحلية .

قيل أيضاً بأن من مثالب النظام اللامركزى أنه باعتباره يقوم على رعاية المصالح المحلية أو المصالح الخاصة لطائفة معينة ، أنه يؤدى فى النهاية إلى سيطرة نزعة المصلحة الخاصة لدى أعضاء الهيئات اللامركزية وتغليبها على الصالح العام وهو أولى بالرعاية .

٣ — التنابذ بين الهيئات اللامركزية .

أخذ على النظام اللامركزى أن من شأنه خلق روح التنافر بين الهيئات اللامركزية ، سيما إذا كانت تمارس اختصاصات متماثلة ، فهـــذه الهيئات بحكم أنها تتمتع بالشخصية المستقلة وتتنافس فيما بينهما تحاول أن تتبنى مصالحها الذاتية وتدافع عنها تجاه بقية الهيئات ، ومن شأن ذلك إيجاد روح التنازع بينها وهو ما يضير المصلحة العامة فى النهاية .

٤ — نقص الخبرة الادارية .

الأجهزة اللامركزية لا يتوافر لديها عادة الأجهزة الفنية والإدارية الضخمة التي تكون لدى السلطة أو الحكومة المركزية ، ومن شأن ذلك أن أن تكون دراية تلك الهيئات محدودة كما أنها تكون أكثر إسرافاً من السلطة المركزية فى الانفاق .

رأينـــا :

على أن لا ينبغى الإغراق فى توهم تلك الأخطار على افتراض صحتها ، لأن هناك دائماً ضوابط عديده للهيئات اللامركزية تعمل فى إطارها ، فضلا عن وجود الرقابة عليها من جانب الدولة الأمر الذى يكفل حسن قيامها بوظائفها وبجنبها جائر السبل . ولا يجب أن نغفل الحسنات العديدة والمزايا الهامة التى يقدمها لنا النظام اللامركزى والتى سبق بيانها .

الفصل الثالث

تنظيم الإدارة العامة فى مصر واليمن (1)

لن نسهب فى دراستنا لتنظيم الإدارة العامة كصدى للحديث عن المركزية واللامركزية الادارية ، وإنما سنتناول هذا الموضوع بايجاز لأن هذه الدراسة قد صارت تكرس لها فى كليات الحقوق دروس خاصة باسم مادة الإدارة المحليـــة ، ودراسة تنظيم الإدارة العامة تتناول موضوعين هما :

١ — السلطة المركزية

٢ — الإدار المحلية :

وسنتناول كل منهما فى مبحث مستقل .

وبصفة عامة نلاحظ أن تنظيم الإدارة العامة فى كل من الدولتين الشقيقتين مصر واليمن هو تنظيم متقارب فى عمومه وإن وجدت بينها بعض إختلافات ، فهو أمر طبيعى يأتى عادة نتيجة اختلاف الظروف بين كل من البلدين .

المبحث الأول

السلطة المركزية

الحديث عن السلطة المركزية يتناول بالضرورة الحكومة التى توجد فى كعبة البلاد والوزراء الذين تتألف منهم تلك الحكومة ، ثم بقية الرؤساء الذين يهيمنون على المصالح العامة والإدارات الحكومية وفروعها المنبثة فى العاصمه والأقاليم ، وإلى جانب ذلك توجد بعض الأجهزة الاداريه المركزية والقابعة أصلا فى العاصمة والتى تمارس الرقابة على الجهات الإدارية . ومثال ذلك الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة والجهاز المركزى للمحاسبات وجهاز

---

(1) محمود حلمى وفؤاد النادى ، المرجع السابق ص ٨٤ — ١٠٤ .

الرقابه الإدارية والنيابة الإدارية ، كما توجد بعض الهيئات الإستشارية كمجلس الدولة (بالنسبة لبعض اختصاصاته) . وتجرى بعض المؤلفات على دراسة سلطات الدوله العليا وهم الرؤ ساء من فوق الوزير وهذه الطائفة تشمل رئيس الدولة ونوابه ورئيس مجلس الوزراء ونوابه ، ولكننا نرى أن المجال هنا يضيق عن هذا ، لدخول ذلك فى رحاب دراسات القانون الدستورى أكثر من مجال القانون الإدارى .

وبالتالى سنقصر دراستنا على الحكومة ابتداء من الوزير مع إيراد نبذة وجيزه عن رئيس الوزراء .

أولا : رجال السلطة المركزية فى العاصمة

(١) رئيس الوزراء .

يضطلع رئيس الوزراء بدور هام بارز وهو القيام بالتنسيق بين الوزارات المختلفه وبقية الأجهزة الحكومية ، والهيمنة على شئون الدولة وريادة السياسة الحكومية ، وهو المتحدث الرسمى باسم الحكومة فيقوم بعرض برامجها على المجلس النيابى . ولكنه لا يعتبر رئيساً إدارياً للوزراء بل زميل أكبر بين زملاء متساوين ، ولذلك فهو يلقب أحياناً بالوزير الأول كما يسمى أيضاً برئيس مجلس الوزراء .

وهو يتفرغ لرئاسة مجلس الوزراء ولا يتولى وزارة من الوزارات إلا على سبيل الاستثناء لدواعى تدعو إلى ذلك . ويختاره عادة رئيس الدولة البرلمانية وهو بدوره يقوم باختيار زملائه من الوزراء .

وفى النظام البرلمانى يكون رئيس الوزراء عادة زعيم لحزب الأغلبية فى المجلس النيابى ، ويشترط أن يتوافر فى رئيس الوزراء ما يتطلب فى الوزير عادة من شروط .

أما نائب رئيس مجلس الوزراء فيضطلع بالإشراف على قطاع معين من قطاعات الإنتـــاج والخدمات ويتولى التنسيق بين عدة وزارات ويقوم بالإشراف عليها .

(٢) الوزيــر

الوزير هو الرئيس الإدارى الأعلى فى وزارته ، فهو رأس الهرم الإدارى وأعلى سلطة فى التدرج ، سواء كان التدرج بالنسبة للهيئات الإداريه المركزية أو بالنسبة للموظفين التابعين له وسواء كنا بصدد النظام البرلمانى أوبصدد النظام الرئاسى ، وشخصية الووزير ذو واجهتين : واجهه سياسية وأخرى إدارية .

فهو رجل سياسى لأنه يمثل الحكومة لدى البرلمان ، ويتجشم أمامه المسئولية السياسية عن المهام المعهود بها إليه فضلا عن المسئولية الجنائية والمدنية . وهو رجل إدارى أو هو رجل الإدارة الأول فى الوزاره لأنه يباشر اختصاصات إدارية واسعة .

والذى يعنينا من وجهة نظر القانون الإدارى تلك الاختصاصات الادارية التى يتمتع بها وتتلخص فيما يلى : —

(أ) يباشر الوزير سلطة رئاسية على موظفى وزارته . تلك السلطة التى تظهر فى حقه فى تنظيم وزارته وتوجيه مرؤوسيه عن طريق ما يصدره إليهم من أوامر ومنشورات يلتزمون بطاعتها ، فضلا عن حقه فى التعقيب على قراراتهم وتصرفاتهم وحقه فى ممارسة السلطة التأديبيه عليهم .

(ب) يقوم الوزير بتمثيل الدولة فى كافة المسائل القانونية التى تخص وزارته ، فهو يمثلها فى الخصومات على اختلاف أنواعها ، كما يتولى مباشرة العقود نائباً عن الإدارة .

(ج) يتمتع الوزير بسلطة لائحية فى بعض مجالات النشاط المحجوزة له كما يهيمن على الشئون المالية فى الوزارة .

هذا وقد نصت الماده ١٥٧ من الدستور المصرى الحالى على أن « الوزير هو الرئيس الإدارى الأعلى لوزارته ويتولى رسم سياسة الوزاره فى حدود السياسة العامة للدولة ويقوم بتنفيذها » .

وقد أتى الدستور اليمنى بنص مما ثل فى المادة المائة من نصوصه .

ومن الأمور التى تستلفت النظر أن المشرع اليمنى قد اشترط فى المادة ٧٨ أن يكون الوزير متمتعاً بالخلق القويم ومحافظاً على الشعائر الإسلامية ، ولا يسعنا أمام هـذا الشرط سوى الإجلال والتقدير لمسلك المشرع اليمنى ، ونتمنى لو التزمت الدساتير الأخرى فى البلاد العربية كلها ذلك المسلك المحمود .

وهناك شروط أخرى بالنسبة للوزير يضيق المقام هنا عن بحثها .

الوزير بلا وزارة :

فى العصر الحديث ظهر فى تشكيل الوزارة بعض من الوزراء لا يتولون شئون وزارة بعينها . وإنما يقومون بأعمال معاونة لرئيس الوزراء أو لبعض الوزراء فى الوزارات ذات الأعباء الكبرى ، ويسمى الوزير حينئذ وزير بلا وزارة تمييزاً له عن الوزير الذى يرأس وزارة معينة كما يطلق عليه أيضاً وزير دولة .

ووزير الدولة وإن لم يكن له وزارة بعينها يرأسها إلا أنه يعتبر عضواً فى مجلس الوزراء باعتباره وزيراً ويشترك فى مناقشة السياسة العامة للدولة ، ويدلى بصوته فى قرارات مجلس الوزراء .

ومن ناحية أخرى فهو مسئول بالتضامن مع بقية أعضاء الوزارة مسئولية تضامنية ، على النحو المقرر فى النظم البرلمانية .

معاونو الوزيـــر : —

الوزارة عادة ما تحتوى على أجهزة إدارية ضخمة ومتعددة منبثة فى العاصمة والأقاليم ، ويستحيل على الوزير أن يتولى وحدة الإشراف على هذه الأجهزة وعلى الأعداد الهائلة من الموظفين بها ، ولذلك يعاونه فى مهامه عدد من كبار الموظفين ضماناً لأحكام الرقابة والإشراف . وهؤلاء المعاونون يضيق المقام عن ذكرهم جميعاً ومن ثم نكتفى بايراد نبذة وجيزه عن أكابرهم وهما نائب الوزير ووكيل الوزاره .

نائب الوزير :

مهمة نائب الوزير هى معاونة الوزير الذى يلحق بوزارته فى مباشرة الإختصاصات التى يعهد بها إليه . وهذا المنصب قداستحدث فى مصر لأول مرة عام ١٩٥٣ بمقتضى القانون رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٥٣ حيث نصت المادة الأولى منه على أنه « يجوز تعيين نائب الوزير ينوب عنه فى اختصاصاته فى الوزارة أو فى بعضها ، ويجوز عند غياب الوزير أن ينوب عنه نائب فى حضور جلسات مجلس الوزراء بقرار من المجلس وتعين اختصاصات نائب الوزير بقرار من مجلس الوزراء » .

أما عن مركز نائب الوزير بالنسبة إلى الوزير ووكيل الوزارة (الدائم) فقد أوضحت المذكرة الإيضاحية بقولها « ويختلف نائب الوزير عن وكيل الوزارة الدائم فى أن شأن أولهما من شأن الوزير من جهة كونهما من رجال السياسة لا من الموظفين الإداريين ، فهو يعين بالطريقة التى يعين بها الوزير ، كما يمثله من حيث المسئولية والاستقالة والإقالة وحساب المعاش . ووبصفة عامة يكون شـأن نائب الوزير فيما عدا ما ورد بالمادتين الأولى والثانية شأن الوزير » .

وإذا كان الدستور اليمنى لم يتضمن النص على منصب نائب الوزير ، فإن العرف قد جرى على وجود هذه الوظيفة ونصت عليها بعض القوانين على سبيل المثال القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨١ بشأن إنشاء وتنظيم وزارة المحلية احتوى فى مادته الثانية على هذا المنصب .

وكذلك القانون ٤ لسنة ١٩٨١ الخاص بانشاء وزارة الخدمة المدنية والإصلاح الإدارى .

وكيل الوزارة :

لما كان من المقرر فى شأن الوزير أنه رجل سياسى فى المقام الأول ومن ثم لايشترط فيه كأصل عام تخصص فنى معين ، لأن مهمته هى رسم السياسة العامة لوزارته فى إطار السياسة العامة للدولة ، وحينئذ كان لابد من تعويض

هذا النقص بايجاد موظف دائم أو أكثر من ذوى الخبرة والحنكة والتخصص فى النشاط الذى تقوم به الوزارة وهو وكيل الوزارة . والذى يعتبر هو المسئول من الناحية الفعلية عن تنفيذ سياسة الوزارة وتصريف الشئون الإدارية فيها ولا شأن له أصلا بالسياسة . وإذا تنوع نشاط وزارة ما . فانه قد يكون بها أكثر من وكيل يختص كل منهم بقطاع معين من قطاعات العمل فى الوزارة .

وبالإضافة إلى منصب وكيل الوزارة يوجد منصب السكرتير العام للوزارة وكذا جمع من موظفى مكتب الوزير .

ثانيا : المحافظون كممثلون للسلطة المركزية

قلنا سلفا فى حديثنا عن الوزير أنه يتمتع بواجهتين . واجهة سياسية وأخرى إدارية . والمحافظ بدوره له واجهتين أو صفتين ، فهو من رجال المركزية واللامركزية على السواء . فهو من ناحية يعتبر ممثلا للسلطة المركزية فى المحافظات (أو الألوية) ومسئول عن تنفيذ السياسة العامة للدولة فى ذلك الإقليم وله اختصاصات عديده بوصفه رجل السلطة التنفيذية فى الإقليم ، وهو من ناحية أخرى يعتبر من رجال الإدارة المحلية ، ويتمتع باختصاصات واسعة تفصلها قوانين الادارة المحلية .

والمحافظ كأصل عام بوصفه الأول وهو كونه من رجال السلطة المركزية . يعتبر ممثلا للسلطة التنفيذية فى دائرة اختصاصه ، ويتولى الإشراف على تنفيذ السياسة العامة للدولة . ولذلك يمكن أن تصدر إليه أوامر من السلطة العليا المختصة فى البلاد كرئيس الجمهورية مثلا ويلتزم بطاعتها . كما يكون له مباشرة كافة مظاهر السلطة الرئاسية على كافة فروع الوزارات فى عموم المحافظة (أو اللواء) ، فهو الرئيس الأعلى لتلك الفروع فى نطاق المحافظة أو اللواء .

وهو بهذه الصفة أيضاً قد يفوضه الوزراء الموجودون فى العاصمه فى بعض إختصاصاتهم ليمارسها نيابة عنهم فى حدود دائرة المحافظة (أو اللواء)

والمحافظ بوصفه رجل الدولة الأول فى دائرة المحافظة يعتبر مسئولا عن الأمن وعن الأخلاق وسيادة القيم العامة فى دائرة المحافظة . (والمادة ٢/٢٦ من القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ فى مصر بشأن الإدارة المحلية) .

وتطبيقاً لذلك نص القانون على أن يتولى المحافظ فى حدود محافظته السلطة الكاملة على مرافق الخدمات والانتاج على أرض المحافظة ، بما يكفل إتخاذ كافة القرارات على مستوى الإقليم دون الرجوع إلى السلطة المركزية فى العاصمة . (المادة ٥ من القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ فى مصر) كما نصت المادة ٥٠ من القانون رقم ٣٥ سنة ١٩٨٠ فى اليمن على أن المحافظ يعتبر المسئول الأول فى اللواء ويمثل السلطة التنفيذية فى إدارة شئون اللواء . وتصدر التوجيهات المركزيه فى كل المستويات باسم المحافظ ، كما تصدر الكتب والمراسلات من فروع الوزارات والمصالح والمؤسسات فى اللواء إلى الجهات المركزية أو إلى الألوية الأخرى بتوقيع المحافظ .

واختصاصات المحافظ بهذه الصفة أو بوصفه رجل السلطة المركزية فى نطاق المحافظة أو اللواء كثيرة ومتنوعة وغالباً ما ترد فى قوانين الإدارة المحلية . وتلك السياسة التشريعية نجدها واضحة فى قانون الادارة المحلية فى مصر واليمن . القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ فى مصر والقانون ٣٥ لسنة ١٩٨٠ فى اليمن ـ سالف الذكر . ومن ثم نرجىء الحديث عن اختصاصات المحافظ تفصيلا لحين دراسة موضوع الإدارة المحلية فى كل من البلدين الشقيقين .

ثالثا : أجهزة معاونة للسلطة المركزية

يحتوى التنظيم الإدارى على بعض الأجهزة الحكومية والتى ينظم القانون إختصاصها لتقوم بدور رئيس وهام فى مساعدة السلطات المركزية على القيام بمهامها ، وأهم تلك الأجهزه مجلس الدولة والجهاز المركزى للتنظيم والادارة والجهاز المركزى للمحاسبات ، وجهاز الرقابة الإدارية وأخيراً النيابة الإدارية . والذى يعنينا الآن من تلك الأجهزة إثنين منها وهما الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة والنيابة الإدارية .

وسنتناول كل منهما فى إيجاز بالغ :

(١) الجهاز المركزى للتنظيم والادارة

الهدف من إنشاء هذا الجهاز هو تطوير مستوى الخدمة المدنية ورفع الكفاية الانتاجية للموظفين ، وتحقيق العدالة فى معاملتهم . والتأكد من مدى تحقيق الأجهزة التنفيذية لمسئولياتها فى ميدان الإنتاج والخدمات .

وتنظيم الجهاز المذكور فى مصر يتناوله بصفة عامة القرار الجمهورى ١٨٠٥ لسنة ١٩٦٤ .

وفى سبيل تحقيق هذا الغرض فان القانون قد منح الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة إختصاصات عديده تكفل له بلوغ أهدافه ومنها :

١ — اقتراح القوانين واللوائح الخاصة بالعاملين . وإبداء الرأى فى المشروعات المتعلقة بشئونهم قبل إقرارها .

٢ — دراسة الاحتياجات من العاملين بالاشتراك مع الجهات المعنية ووضع نظم اختيارهم وتوزيعهم على الوظائف المختلفة على أساس الصلاحية وتكافؤ الفرص .

٣ — تطوير نظم شئون الخدمه المدنية . والعمل على توفير الرعاية الصحيه والاجتماعيه للموظفين مع الجهات المختصة .

٤ — رسم سياسة وخطط تدريب العاملين فى مجال التنظيم والادارة .

٥ — اقتراح سياسة المرتبات والعلاوات والبدلات والمكافآت والتعويضات ووضع النظم الخاصة بتنفيذ نظام ترتيب الوظائف .

٦ — رسم سياسة الإصلاح الإدارى وخططه واقتراح الوسائل اللازمة لتنمية الوعى التنظيمى ونشره . والارتفاع بمستوى الكفاية القيادية والإدارية وكفاءه الأداء .

٧ — إبداء الرأى فى عمليات تبسيط الاجراءات وتحسين وسائل العمل .

أما فى اليمن فكان يوجد الديوان العام لشئون الموظفين والذى أنشىء بقرار مجلس القيادة بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٦ وكان على نسق الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة فى مصر . ولكن فى عام سنة ١٩٨١ رأى المشرع اليمنى إنشاء وزارة للخدمة المدنية والإصلاح الإدارى تقديراً منه لأهمية ذلك القطاع وأثره فى تطوير الجهاز الإدارى للدولة ، فأنشئت تلك الوزارة بمقتضى القانون رقم ٤ لسنة ١٩٨١ وأصبحت تحل محل الديوان العام لشئون الموظفين ونقلت إليها كافة السلطات والإختصاصات والمسئوليات التى كان معهوداً بها إلى ذلك الجهاز (م ٣ من القانون سالف الذكر) .

ومن أهم خصائص القانون الجديد رقم ٤ لسنة ١٩٨١ سالف الذكر أنه جعل من إختصاص وزارة الخدمة المدنية تفسير قوانين التوظف وأضفى على فتاويها التى تصدر فى هذا الشأن صفة الالزام .

وهى خطوة جريئة محمودة ممدوحة من المشرع من شأنها تحقيق العدالةفى معاملة الموظفين ، إذ أن الوزارة بذلك ستعمل على إرساء وجهة نظر واحدة فى الموضوع الواحد وبالنسبة لجميع الجهات الاداريةعلىحد سواء فالفتوى الملزمة هى بمثابة الحكم الواجب الاتباع .

وقد أجملت المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٨١ الهدف من إنشاء وزارة الخدمة المدنية والإصلاح الإدارى بقولها تختص بوضع القواعد الأساسية لخدمة عامة متطورة ، وتحقيق العدالة فى معاملة الموظفين وتطوير أنظمة وأساليب العمل فى الجهاز الإدارى للدولة والمؤسسات العامة ، والتأكد من مدى تحقيق الأجهزة التنفيذية لمسئولياتها فى شئون الخدمة المدنية ، وأعداد كافة القوانين والتشريعات التى تتعلق بالتنظيم والإدارة وشئون الخدمة ، وبيانات الاستخدام والتدريب والبعثات وترشيد استخدام الخبرات العربية والأجنبية . . كما تختص بالإشراف على تنفيذها وذلك بما يحقق أهداف الإصلاح والتنمية الإدارية فى تحديث أجهزة الدولة ومؤسساتها وزيادة فعاليتها وقدراتها لمواجهة متطلبات التنمية وتقديم الخدمات العامة للموظفين فى أسرع وقت وبأقل تكلفة .

(٢) النيابة الإدارية

النيابه الادارية هى إحدى الأجهزة القضائية الرقابية التى تقوم بدور فعال فى تدعيم القانون وحماية الوظيفة العامة من الأخطار التى تهددها ، وهى فى أصل شرعتها خير ضمان لالتزام العاملين بالواجبات الوظيفية وقيامهم بعملهم على الوجه الأكمل .

وفى مصر وردت إختصاصات النيابة الإدارية فى القانون ١١٧ لسنة ١٩٥٨ ، ثم أدخلت عليه بعض التعديلات بمقتضى القانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ .

أما فى اليمن فإن القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٤ باصدار قانون النيابة الإدارية والمالية قد تكفل بتنظيم أوضاع النيابة الإدارية واختصاصاتها وقد عدل بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٧٤ .

وعموما فان اختصاصات النيابة الادارية يمكن ايجازها فى أمور ثلاثة :

التحقيق ، مباشرة الدعوى التأديبية ، إجراء التحقيقات والدراسات التى تطلبها السلطات العليا أو أحد الوزراء .

والنيابة الإدارية تتولى التحقيق فى الأحوال الآتية : —

(أ) المخالفات الإدارية والمالية والتى تحال إليها من الجهات المختصة .

(ب) حالة ورود شكوى اليها من الأفراد والهيئات التى يثبت الفحص جديتها .

أما عن مصير التحقيق بعد إجرائه فان النيابة الإدارية تتصرف فيه على ضوء ما يتراءى لها من ظروف التحقيق ، فقد تأمر بحفظ الأوراق لعدم جود دليل على إتهام الموظف بشىء ، وقد تقترح مجازاته إدارياً أو تأمر بإحالته إلى المحكمة التأديبية أو تقترح فصل الموظف المخالف بغير الطريق التأديبى فى أحوال معينة (إذا أسفر التحقيق عن وجود شبهات قوية تمس كرامة الوظيفة أو النزاهة أو الشرف أو حسن السمعة) .

وأخيراً فقد ترى النيابة الادارية أن التحقيق يكشف عن وجود جريمة

جنائية ومن ثم فهى تأمر باحالة الأوراق إلى النيابة العامة لاجراء شئونها فى الدعوى .

واختصاص النيابة الادارية بالتحقيق ليس من شأنه كأصل عام أن يجب إختصاص الجهات الادارية هى الأخرى باجراء التحقيق مع موظفيها فيما ينسب اليهم من مخالفات إدارية ومالية .

هذا وقد أثبتت النيابة الإدارية دورها كجهاز رقابى كفء قام بدور فعـــال منذ إنشائه على مر السنين فى علاج ما يبدر من الموظفين من خطأ أو إهمال ، فضلا عن دورها غير المنظور فى الوقاية أو الاقلال من الجريمة التأديبية بوجه عام .

المبحث الثانى

السلطة اللامركزية

نظام الادارة المحليـــة

يقصد بتعبير الإدارة اللامركزية أو المحلية تلك الوحدات الادارية التى تتمتع بالشخصية المعنوية وتعتبر أشخاصاً ادارية يدير كل منها جزءاً ومن إقليم الدولة (محافظة أو مدينة مثلا) مستقلا فى ذلك عن السلطة المركزية .

وسنعرض لنظام الإدارة المحلية فى كل من مصر واليمن .

المطلب الأول

نظام الادارة المحلية فى مصر

لقد مر نظام الإدارة المحلية فى مصر بتطوير كبير يمكن تقسيم مراحله إلى مرحلتين ، مرحلة ما قبل ثورة سنة ١٩٥٢ ، ثم مرحلة ما بعد الثورة .

أولا : مرحلة ما قبل الثورة :

عرفت مصر نظام الإدارة المحلية لأول مرة منذ إنشاء مجالس المديريات سنة ١٨٨٣ ، حيث قسمت البلاد إلى مديريات ، وكان لكل منها مجلسا محليا خاصاً هو مجلس المديرية ينظر فى المصالح المحلية للمديرية . وفى عام

١٩٠٩ أعيد تنظيم مجالس المديريات حيث منحت تلك المجالس الشخصية المعنوية المستقلة وجعلت اختصاصاتها نهائية فى بعض الأمور لا ترجع فيها إلى السلطة المركزيه وإنما تستقل بالبت فيها .

ولما صدر دستور سنة ١٩٢٣ اعترف للمديريات ذاتها - دون مجالس تلك المديريات والمدن والقرى بالشخصية المعنوية (م ، ١٣) كما قرر الدستور المبادىء الأساسية التى تحكم نشاطها فنص على أن اختيار أعضاء المجالس المحلية الخاصة بالمديريات والمدن والقرى يكون عن طريق الانتخاب كأصل عام، كما نص على اختصاص هذه المجالس بكل المصالح التى تهم أهل المديرية أو المدينة أو القرية .

هذا وقد صدرت عدة قوانين متتاليه فى شأن مجالس المديريات ، كما عرفت مصر نظام المجالس البلدية بالنسبة للمدن ، فنشأ أول مجلس بلدى بالاسكندرية سنة ١٨٩٠ ، ثم تلاه إنشاء مجالس بلدية متعددة فى مدن أخرى وفى عام ١٩١٨ بدىء فى إنشاء المجالس القرويه .

ثانيا : - مرحلة ما بعد الثورة .

عنى دستور سنة ١٩٥٦ بنظام الإدارة المحلية فى المواد من ١٥٧ - ١٦٦ . وقد صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن نظام الإدارة المحلية تنفيذاً للمبادىء التى تضمنها الدستور وقد استبدل هذا القانون اسم بالمديريه بالمحافظة . واحتفظ بالتقسيم الثلاثى للأشخاص المحلية - المحافظة ، المدينة - القريه وحدد ذلك القانون مدة لتنفيذ أحكامه أقصاها خمس سنوات .

وكان القانون ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ هو أول قانون يوجد التشريعات المنظمة للإداره المحلية ، فألغى القوانين السابقة عليه ، كما وجد جهة الإشراف والرقابة فجعلها فى وزارة الإدارة المحلية وحدها .

ثم صدر دستور سنة ١٩٦٤ متبعاً نفس الأسلوب الذى سار عليه دستور ١٩٥٩ . وأخيراً صدر الدستور الدائم فى سبتمبر سنة ١٩٧١ وتضمن مواد ثلاثه بشأن الإدارة المحلية (المواد ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٣) . وكانت أهم

التعديلات الجوهرية التى أتى بها هو أنه قد أدخل الوسيلة الديمقراطية على تشكيل هذه المجالس فجعلها بالانتخاب الحر المباشر كلها . وفى ظل هذا الدستور صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧١ بشأن الحكم المحلى ثم القانون ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والذى أضاف إلى التقسيم التقليدى للوحدات الإدارية وهى المحافظات والمدن والقرى وحدتين أخريتين هما المركز والحى . مانحاً تلك الوحدات كلها الشخصية الإعتبارية . وأخيراً كان القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بشأن الحكم المحلى(١) وهو القانون السارى حالياً .

والسمة العامة للقانون الجديد أنه جعل الادارة اللامركزيه ممثله فى المجالس الشعبية المختارة بطريق الانتخاب كقاعدة أساسية . وهو ما يرسى دعائم الحكم الديمقراطى فى مصر .

الاختصاصات : —

أما بشأن الاختصاصات فان أهم ما يتميز به القانون هو أنه قد ناط بالوحدات المحلية إنشاء وإدارة المرفق ذات الطابع المحلى كمبدأ عام . وقد نص على ذلك فى المادة الثانية من القانون المذكور والتى قررت :

« تتولى وحدات الحكم المحلى إنشاء وإدارة جميع المرافق العامة الواقعة فى دائرتها ، كما تتولى هذه الوحدات كل فى نطاق اختصاصها — وفى حدود السياسة العامة والخطة العامة للدولة — مباشرة جميع الإختصاصات التى تتولاها الوزارات بمقتضى القوانين واللوائح المعمول بها ، وذلك فيما عدا ما يعتبر بقرار من رئيس الوزراء مرفقاً قومياً ويقتصر دور الوحده المحليه بالنسبة إلى المرافق القوميه على ما يأتى : —

١ — إبداء الملاحظات واقتراح الحلول اللازمه فى شأن الإنتاج وحسن الأداء .

٢ — حماية أمن هذه المرافق .

---

(١) يلاحظ أن هذه التسمية منتقدة ، فتسمية الإدارة المحلية أفضل من تسمية الحكم المحلى وأدق منها بكثير .

وللوحدات المحلية المختصة فى سبيل ممارسة هذه الإختصاصات الحق فى طلب البيانات التى تراها لازمة . »

وقد ذكر القانون اختصاصات الوحدات المحلية المختلفة كل على حدة ويضيق المقام هنا عن ذكرها .

الرقابـــه : —

لما كان الشرع قد زود الأشخاص اللامركزية المحلية باختصاصات عديدة فقد نوع من أوجه الرقابة عليها بما يكفل ممارسة هذه الإختصاصات على أكمل وجه .

والرقابة التى فرضها الشرع تنقسم إلى نوعين من الرقابة . ، قابة من جانب السلطة المركزية ورقابة لا مركزية .

ا — الرقابة من السلطة المركزية :

عهد القانون بالرقابة على الهيئات المحلية إلى :

١ — رئيس الجمهوريـــة .

٢ — مجلس الـــوزراء .

٣ — مجلس المحافظين برئاسة رئيس مجلس الوزراء .

٤ — وزير الحكم المحلى .

٥ — الوزراء الآخرون كل فى نطاق إختصاصه .

٦ — مجلس الشعب .

ب — الرقابة اللامركزية :

نكون بصدد رقابة لامركزية وذلك حين يتولى الإشراف والرقابة على الأشخاص المحلية الأجهزة المحلية الأخرى أى بعضها على بعض ، فمجلس المحافظة مثلا يتولى الإشراف على مجالس القرى (م ١٣ من القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩) وهكذا . كما أن المحافظ أيضاً (وهو هنا له واجهة محلية)

له سلطة التصديق على بعض قرارات تلك المجالس ، وقد استحدث القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ « مجلس المحافظين » بدلا من اللجنة الوزاريه للحكم المحلى نظراً لأن مجلس المحافظين يتمتع باستقرار نسبي أكثر من اللجنة المذكوره .

المطلب الثـــانى

الإدارة المحلية فى اليمن

أخذت الجمهورية العربية اليمنية بنظام الإدارة المحلية غداة ثورة سبتمبر سنة ١٩٦٢ فصدر القرار الجمهورى رقم ٨ لسنة ١٩٦٤ بشأن اختصاصات وتشكيل وزارة الادارة المحلية — ثم صدر المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ والذى قسم الوحدات الإدارية إلى ثلاث محليات : ١ — الألوية . ٢ — القضوات . ٣ — النواحى .

فكان ذلك إعلاما من الثوار بالأخذ بنظام اللامركزية الإدارية . وتعبيراً منهم عن أملهم فى ممارسة الوظيفة الإدارية بطريق ديمقراطى يتيح للمواطنين المشاركة فى تيسير وتوجيه دفة النشاط الإدارى فى البلاد. وبعد أن عاشت اليمن حيناً كبيراً من الدهر قبل الثورة تحت وطأة المركزية الادارية الشديدة .

وتدعيماً للاتجاه الديمقراطى ولنظام الإدارة المحلية الجديدة فقد احتوى دستور الجمهورية العربية اليمنية الصادر سنة ١٩٧٠ على مادتين ترسيان الأصول الدستورية لنظام الإدارة المحلية فى اليمن هما المادة ١٠٩ والمادة ١١٠ وذلك تحت عنوان الفصل الرابع ، الإدارة المحلية .

أما الماده ١٠٩ فقد نصت على ما يأتى : « تنقسم أراضى الجمهورية إلى وحدات إدارية ، ويبين القانون عددها وتقسيماتها وحدودها واختصاصات العاملين فيها » .

ونصت المادة ١١٠ « يكون للوحدات الإدارية مجالس محلية تمارس فيها شئون المنطقة بطريقة ديمقراطية وفقاً للقانون . »

وقد صدرت بعد ذلك مجموعة من المراسيم بقوانين تعضد نظام الادارة

المحلية ، منها القرار الجمهورى ٩١ لسنة ١٩٦٦ بشأن تنظيم إختصاصات المحافظين ثم القرار الجمهورى رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٣ .

ثم تلا ذلك القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦ الخاص بتنظيم شئون المحافظات والنواحى ليحل محل القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ (والقوانين المعدلة له) وكان من بين تعديلاته أنه قصر الوحدات المحلية على الألوية والنواحى . وأخيراً أصدر مجلس الشعب القانون رقم٣٥ لسنة١٩٨٠ بشأن تنظيم الادارة المحلية وهو القانون المعمول به حالياً والذى نعكف على دراسته .

ومن أهم التعديلات التى أتى بها القانون الجديد بشأن تقسيم الوحدات المحلية أنه عاد إلى التقسيم الثلاثى الذى كان مقرراً فى القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ الوية وقضوات ونواحى ومن ناحية أخرى فانه أعطى لوزير الإدارة المحلية الحق فى تقسم المدن إلى أحياء وضواحى بقرار منه .

وفى دراستنا لنظام الإدارة المحلية فى اليمن سنتناول الموضوعات الآتية :

أولا : المجالس المحلية تشكيلها واختصاصاتها والقائمين عليها .

ثانياً : الرقابة على نشاط المجالس المحلية .

الفرع الأول

المجالس المحلية : تشكيلها واختصاصاتها والقائمين عليها .

قسم القانون الجديد الوحدات المحلية إلى ثلاث وحدات : اللواء والقضاء والناحية . وتناول فى نصوصه كيفية تشكيل المجالس المحلية بكل وحدة منها واختصاصاتها . ويلاحظ أنه إن كان القانون قد مضى على تقسيم المدن إلى أحياء وضواحى إلا أنه لم يتضمن أية تفضيلات عن كيفية سير العمل بهذه الأحياء أو الضواحى . وهل لها مجالس محلية بدورها أم لا . كما أنه لم يمنحها الشخصية المعنوية المستقلة .

ولذلك فاننا سنتناول المجالس المحلية الثلاث التى وردت أحكامها فى القانون .

(أ) مجالس الألويه : —

تشكيل المجلس المحلى للواء .

نصت المادة ١٠ من القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٠ على أن المجلس المحلى للواء والذى يكون مقره عاصمة اللواء يشكل على النحو التالى :

(أ) المحافظ	رئيساً
(ب) وكيل المحافظ	عضواً ونائباً للرئيس فى حالة غيابه .
(ج) القائد العسكرى باللواء	عضواً
(د) مدير الأمن	عضواً
(ﻫ) مدراء مكاتب الوزارات والمصالح	عضواً
(و) أمين عام مجلس التنسيق باللواء	عضواً
(ز) رئيس المجلس البلدى	عضواً
(ح) ممثل لكل قضاء يختاره المحافظ	عضو لمدة ثلاث سنوات

واشترط القانون فيمن يتمتع بعضوية المجلس المحلى المذكور أن يكون متمتعاً بخلق قويم محمود السيرة لا يقل سنه عن ٢٥ سنة ولرئيس المجلس أن يدعو لحضور الجلسات من يرى الاستعانة به دون أن يكون له صوت معدود فى المداولات — وينعقد المجلس بدعوة من رئيسه مرة كل شهر على الأقل أو كلما دعت الحاجة إلى ذلك .

وتتخذ القرارات بأغلبية أصوات الحاضرين ، فإن تساوت رجح الجانب الذى منه الرئيس . ويعين المحافظ مدير عام المحافظة سكرتيراً للمجلس .

إختصاصات مجلس اللواء :

عددت المادة ١١ من القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٠ المهام المعهود بها إلى مجلس اللواء وهى كما يلى : —

أولا : التنسيق بين أنشطة مكاتب الوزارات والمصالح والمؤسسات العامة باللواء ، فى إطار الخطة والسياسة العامة للدولة واقتراح الحلول اللازمة لتطوير وتحسين الأداء .

ثانياً : التنسيق بين الجهد الحكومى والتعاونى والبلديات لتنفيذ خطة التنمية الشاملة .

ثالثاً : اقتراح متطلبات اللواء فى مجالات التنمية والخدمات ورفعها إلى وزير الإدارة المحلية لدراستها والتفاهم بشأنها مع الجهات المعنية ومتابعة اقرارها

رابعاً : ابداء الرأى فى أى مسألة يرى المحافظ عرضها .

خامساً : العمل على تبسيط الإجراءات وحل المشاكل بواسطة المكاتب المختصة .

سادساً : استعراض قرارات وتوصيات مجالس القضوات والنواحى واقرارها على ضوء السياسة العامة للدولة .

ملاحظاتنا بشكل التشكيل والاختصاصات :

من استعراضنا للنصوص السالفة بشأن تشكيل مجلس اللواء وإختصاصاته نستطيع أن نقرر بشأنها ما يلى :

أولا بشأن التشكيل :

(أ) خلا تشكيل مجلس اللواء من العنصر المنتخب أى الأعضاء الذين يصلون إلى عضوية المجالس المحلية بطريق الانتخاب الحر .

ولعل الشرع قد مال إلى الرأى الذى يراه بعض الفقه من جواز قيام الهيئات المحلية على أساس التعيين ، مع توافر الضمانات التى تكفل لها الاستقلال . ولذلك فنحن نهيب بالمشرع أن يتدارك ذلك حين تسنح له الفرصة ويقدر أن الظروف كلها مواتية لذلك ، وأن تكون أعضاء مجلس اللواء من بينهم المنتخبون الذين يمثلون

القواعد الشعبية ، ويعبرون بصدق عن أحاسيسها وحاجاتها ، وهو الأمر الذى يؤدى إلى ازدهار نظام الإدارة المحلية حتى يؤتى ثماره المرجوة منه (١) .

والاقتراح الذى نقول به يتفق مع نصوص الدستور التى قررت أن يكون لوحدات الإدارية المحلية مجالس محلية تمارس فيها شئون المنطقة بطريقة ديمقراطية (م ١٠٩ من الدستور) .

ومن الإنصاف أن نقول أيضاً أن للشارع اليمنى عذره فيما ذهب إليه ، لأن تطبيق نظام الإدارة المحلية بصورة كاملة ليس من اليسير أن يتم فى فترة وجيزة ، وذلك بالنظر إلى طابع المركزية الغالب ، ولقد مر نظام الإدارة المحلية فى مصر عند نشأته بأوضاع مشابهة .

(ب) وحين يستكمل نظام الإدارة المحلية نضجه واكتماله ، فإننا نرى كذلك ألا يكون المحافظ رئيساً لمجلس اللواء اللهم إلا إذا كان منتخباً لأن مجلس اللواء هو مجلس محلى يمثل أبناء المنطقة ومن ثم فإن الأقرب لروح الديمقراطية التى ينشدها الدستور ألا يشارك فى مجلس اللواء ، خاصة بالنسبة لرئاسته إلا العنصر المنتخب ، حتى حتى يكون الاهتمام بالمصالح المحلية نابعاً ممن يهمهم ذلك فى المقام الأول ، وهم أبناء المنطقة لأنهم أدرى بشئون اللواء ومتطلباته .

ثانيا : بشأن الاختصاصات : —

خلا القانون من النص على إختصاص هام يعتبر من أهم الإختصاصات التى تتولاها المجالس المحلية بصفة عادية . ألا وهو حق المجلس المحلى سيما مجلس اللواء فى إنشاء وإدارة المرافق ذات الطابع المحلى كالمستشفيات والمستوصفات

---

(١) ويلاحظ أن القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ كان ينص على تمثيل أبناء المحافظة فى تشكيل مجلس اللواء بما لا يقل عن ثلاثة ولا يجاوز سبعة ، يحدد فى كل لواء بقرار من رئيس الجمهورية بما يتفق وعدد النفوس فى كل لواء .

والمدارس ومرافق النقل الداخلى والملاجئ التى تنشأ فى دائرة اللواء . فهو بذلك يجعل يدا المجلس مغلولتان عن العمل فى هذا المجال الحيوى والذى يعنى به نظام الإدارة المحلية فى المقام الأول .

ويرى بعض الفقهاء أن إغفال هذه الإختصاصات لا يعنى أن المشرع اليمنى سلب المجالس المحلية هذه الإختصاصات (١) . ولكننا لا نوافق على هذا الرأى : لأن الإختصاص لا يفترض ، وصياغة النصوص التى سردت إختصاص المجالس المحلية الثلاث لا تسمح بهذا التفسير الواسع . فقد وردت صياغة المادة على النحو التالى « يختص مجلس اللواء بما يلى : » . . . . (المادة ١١) وقد أحال المشرع بالنسبة لاختصاص مجالس القضوات والنواحى على تلك المادة ، ولم يشأ أن يمنحها اختصاصات أخرى .

ولذلك فنحن نهيب بالشارع اليمنى أن يتدارك ذلك النقص التشريعى ليمنح المجالس المحلية حقها فى إنشاء المرافق المحلية . لأنه لا يتصور وجود إدارة محلية دون أن يكون للوحدات المحلية الحق فى إنشاء المرافق المحلية .

المحافــظ

سبق البيان بأن المحافظ له واجهتين فهو رجل السلطة المركزية فى الإقليم ، ومن ناحية أخرى فهو من طليعة رجال الإدارة المحلية ويتوقف على همته وحسن استعداده نجاح نظام الإدارة المحلية فى دائرة لوائه إلى حد كبير . وهو يتمتع باختصاصات عديدة بعضها راجع لصفة المركزية وبعضها يرجع لصفته المحلية . وعندما تحدثنا عنه باعتباره من رجال الإدارة المركزية أرجأنا بيان إختصاصاته تفصيلا إلى حين الحديث عن نظام الإدارة المحلية . وهانحن أولاء نشرع فى بيان إختصاصاته ، على ألا يغيب عن الأذهان كما أسلفنا أن منها ما يرجع لصفته المركزية ومنها ما يرجع لصفته المحلية فى الإقليم .

وقد جمع المشرع إختصاصات المحافظ فى القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٠

---

(١) محمود حلمى وفؤاد النادى ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ .

فى المادة الخامسة بفقرتها السادسة عشر ، وكذا المواد ١ . ٧ ونرى أن من الأجدر إيرادها كما قررها الشارع .

م ٥ — يعتبر المحافظ المسئول الأول فى اللواء ويمثل السلطة التنفيذية فى إدارة شئون اللواء ، وتصدر التوجيهات المركزية من كل المستويات باسم المحافظ . كما تصدر الكتب والمراسلات من فروع الوزارات والمصالح والمؤسسات فى اللواء إلى الجهات المركزية أو إلى الألوية الأخرى بتوقيع المحافظ ، ويختص بالآتى : —

أولا : العمل على تحديد السياسة العامة للدولة ، والإشراف على تنفيذ القوانين واللوائح وقرارات مجلس الوزراء فى حدود الخطط والبرامج المقررة.

ثانياً : المحافظة على النظام والأمن العام وعلى الأخص منع الجرائم وضبطها وحماية الحريات والأرواح والأعراض والأموال ، وصون كرامة المواطنين من أى إجراءات تعسفية طبقاً للقوانين النافذة .

ثالثاً : الإشراف والعمل على توعية الموظفين والمواطنين فى اللواء بأهداف الثورة وسياسة الدولة وتوجهاتها فى مختلف المجالات وقوانينها التى تتطلب النشر ، والتركيز بصورة خاصة على مبدأ الولاء الوطنى فى ضوء السياسات المقررة ، وذلك عن طريق إقامة المحاضرات والندوات والاجتماعات وغيرها.

رابعاً : توجيه المواطنين وتوعيتهم بضرورة التوجه إلى الأعمال الإنتاجية زراعياً وصناعياً ، والحث على الإدخار والاستثمار فى مختلف المجالات النافعة والمحافظة على الآثار والمعالم التاريخية .

خامساً : أن يولى هيئات التعاون إهتمامه بحيث يدفعها إلى زيادة فعاليتها ، وأن يتابع أعمالها ويراقب التزامها بأحكام قانون ولوائح التعاون .

سادساً : توعية المواطنين وتشجيعهم على الالتحاق بخدمة الدفاع الوطنى ومساعدة الجهات المختصة بالتجنيد على تنفيذ قانون خدمة الدفاع الوطنى .

سابعاً : المتابعة والإشراف على تحصيل إيرادات الدولة باللواء ، والمحافظة

على أموال الدولة وممتلكاتها والإشراف على الإنفاق العام فى نطاق اللواء طبقاً للقوانين واللوائح النافذة .

ثامناً : رئاسة مجلس اللواء وتنفيذ قراراته وخاصة ما يتعلق منها بالتنسيق بين أنشطة مكاتب الوزارات والمصالح والمؤسسات والهيئات المختلفة فى نطاق اللواء .

تاسعاً : اتخاذ التدابير الوقائية والإجراءات الإدارية العاجلة فى حالة الكوارث والنكبات الطبيعية ، على أن يعرض الأمر على مجلس اللواء ويبلغ وزير الإدارة المحلية فوراً ، الذى يعرض الأمر بدوره على رئيس مجلس الوزراء ، كما تحاط الجهات المختصة بذلك .

عاشراً : الإشراف والمتابعة والمراقبة على سير الأعمال فى مكاتب الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة والمختلفة . العاملة فى نطاق اللواء ومعاونتها فى أداء مهامها وفى تنفيذ القرارات الصادرة من الوزراء والمسئولين المختصين ، وتذليل الصعاب التى تعترض تنفيذ السياسة المرسومة ورفع تقارير دورية كل ثلاثة أشهر عن سير أعمالها ومتطلبات اللواء إلى الجهة المختصة ووزير الإدارة المحلية على ضوء لوائحها وأنظمتها ، مشفوعة بالملاحظات والاقتراحات .

حادى عشر : الإشراف على إعداد مشروع الميزانية الخاصة بمكاتب الوزارات والمصالح والمؤسسات الحكومية باللواء وتقديمها إلى الجهات المختصه وإحاطة وزير الإدارة المحلية بذلك .

ثانى عشر : تنفيذ الأوامر والأحكام القضائية الصادرة من السلطه القضائية ، وكافة الإجراءات القضائية مع مراعاة إستقلال القضاء والعاملين فيه وفى النيابة العامة .

ثالث عشر : الإشراف على سير العمل بالقضوات والنواحى باللواء وعقد اجتماعات دورية مع مدرائها لتنفيذ السياسة العامة للدولة وتذليل الصعاب التى تواجه مدراء القضوات والنواحى .

رابع عشر : ممارسة أى صلاحيات أخرى تنص عليها القوانين والأنظمة ولا تتعارض مع أحكام هذا القانون .

خامس عشر : الإهتمام بصحة البيئة فى اللواء والعمل على تنظيم حملات دورية من أجل النظافة وصيانة المرافق العامة .

سادس عشر : عدم السماح بتنفيذ العلاقات المترتبة على المؤاخاة والإلتزام بها أو الاعتراف بآثارها .

مادة ٦ — « على المحافظ عند حدوث إضطرابات أو فتن أو حالات طارئة مما يعرض الأمن العام للخطر ولم تتمكن الشرطة المحلية من معالجته أو مواجهته، أن يبلغ الأمر فوراً إلى وزير الداخلية مع أى إقتراحات مناسبة وإحاطة وزير الإدارة المحلية بذلك ، أو الإتصال بالقيادة العليا إذا اقتضى الأمر بذلك .

مادة ٧ — « للمحافظ فى حالة وقوع منازعة بشأن ملكية أرض أو أبار أو عيون أو مزارع أو محتطبات أو بشأن حقوق عينية متعلقة بها تؤثر على الأمن العام، أو فى حالة وقوع غصب على عقار أو حقوق عينية عقارية أن يأمر باتخاذ الإجراءات الإدارية التى يراها ملائمة لحفظ الأمن وإحالة موضوع النزاع إلى الجهات القضائية المختصة للبت فيه .

وتلاحظ على هذا النص أنه يغلب عليه طابع الإسهاب والإنشاء . فعلى سبيل المثال تكرر ايراد توعية المواطنين فى فترات متعددة وكان يمكن إجمال أنواع التوعية فى فقرة واحدة .

(ب) مجالس القضوات

١ — تشكيلها

يوجد مجلس القضاء فى عاصمة القضاء ويتم تشكيله وفقاً للماده ١٥ من القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٠ على النحو التالى :

(أ) مدير القضاء	رئيساً
(ب) مدراء مكاتب الوزارات والمصالح	أعضاء
(حـ) عضو من أعضاء الهيئات التعاونية فى القضاء ينتخبه مجلس التنسيق باللواء .	عضواً

ويجتمع المجلس كل شهر على الأقل بدعوة من رئيسه أو كلما دعت الحاجة . ولرئيس المجلس أن يستدعى لحضور الجلسات من يرى دعوته ، ولا يكون له صوت معدود فى المداولات ، ويعين مدير القضاء سكرتيراً للمجلس من بين الموظفين العاملين باللواء . وتتخذ قرارات المجلس بأغلبية أصوات الحاضرين فإن تساوت الأصوات ترجح كفة الجانب الذى منه الرئيس .

نصت المادة ١٦ من القانون سالف الذكر على أن يختص مجلس القضاء بالمسائل المنصوص عليها فى المادة ١١ (الخاصة بمجالس الألوية) فى نطاق القضاء ، وبما لا يتعارض مع إختصاصات مجلس اللواء .

أى أن القانون قد أحال فى شأن إختصاصات مجلس القضاء إلى المادة الحادية عشر من نصوصه ، ولم ير داعياً لإعادة تكرار النصوص . والإختصاص المذكور فى الماده ١١ المذكورة يتعلق بأعمال التنسيق والاقتراحات وإبداء الرأى والعمل على تبسيط الإجراءات وحل المشاكل .

ملاحظاتنا :

أولاً : بشأن التشكيل :

تدارك المشرع بعض أوجه النقص التى ذكرناها بالنسبة لتشكيل المجالس

المحلية للألوية . إذ أنه جعل من بين أعضاء مجلس القضاء عضو منتخب وفى هذا ما يتواكب مع النظام الديمقراطى الذى يشرك الشعب فى إدارة شئون البلاد ، وهو الاتجاه السياسى الذى أراده الدستور .

ولكن المشرع لم يحدد سلفاً عدد أعضاء مجلس القضاء حتى نستطيع أن نتبين مدى مساهمة العضو المنتخب فى تشكيل المجلس المحلى للقضاء . وعلى كل حال فهو عضو واحد وبالتالى فنحن نهيب بالشارع أن يزيد من عدد الأعضاء المنتخبين على غرار ما نادينا به بالنسبه لمجلس اللواء .

ثانيا : بشأن الاختصاصات :

يمثل فى هذا الصدد إلى ما أسلفناه من ملاحظات فى شأن إختصاصات مجالس الألوية ، إذ يصدق هنا أيضاً ما سبق لنا ذكره بشأن المجالس الأخيرة .

ونضيف إلى ذلك ملحوظة تتعلق بالسياسة التشريعية بالنسبة لمجلس القضاء ، فالمشرع قد نص فى الماده الحادية عشر من القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٠ فى الفقرة السادسة على أن مجلس اللواء «يختص باستعراض قرارات وتوصيات مجالس القضوات والنواحى وإقرارها على ضوء السياسة العامة للدولة » .

ومفهوم هذا النص أنه جعل من مجالس الألوية جهة من جهات الرقابة على مجالس القضوات والنواحى ، لأن مجلس اللواء يستعرض قراراتها ثم يقرها أو لا يقرها . فلما أحال المشرع على هذه المادة بالنسبة لإختصاص مجلس القضاء ، فإنه قد يفهم من ذلك ومن منطق تلك الإحالة أن مجلس القضاء يعتبر بدوره جهة رقابية على المجلس الأدنى منه وهى مجالس النواحى التابعه له ، ولكن ذلك التفسير غير جائز للأسباب الآتية :

أولا : أن الرقابه كأصل عام لا تفترض .

ثانياً : أن مجلس اللواء هو المختص بمراقبة أعمال مجالس النواحى بنص صريح هو نص الماده ٦/١١ . وقد نص القانون على أن مجلس القضاء يختص بما يختص به مجلس اللواء ، ولكن فى نطاق القضاء وقيد ذلك بقيد هام وهو عدم التعارض مع إختصاصات مجلس اللواء .

مدير القضاء

أوضحت المادة ١٤ إختصاصات مدير القضاء (فضلا عن إختصاصاته كأصل عام بصفته ممثل السلطة التنفيذية) فى دائرته فيما يلى :

أولا : الإشراف على تنفيذ السياسة العامه للدولة ، والقوانين واللوائح والقرارات الوزارية والقرارات الصادرة من المحافظ والمتعلقة بشئون القضاء .

ثانياً : توعية الموظفين والمواطنين بسياسة الدولة وأهدافها .

ثالثاً : المحافظة على النظام والأمن العام وحماية الأرواح والأموال والأعراض وضبط الجرائم بعد حدوثها .

رابعاً : رئاسة مجلس القضاء وتنفيذ قراراته ومتابعتها .

خامساً : إعداد مشروع ميزانية القضاء وعرضه على مجلس القضاء قبل رفعه إلى محافظ اللواء .

سادساً : مراقبة ومتابعة تحصيل إيرادات الدولة والمحافظة على أموالها .

سابعاً : تقديم تقارير دورية إلى المحافظ عن سير العمل .

ثامناً : الرقابة على سير الأعمال فى فروع مكاتب اللواء الموجودة فى القضاء ومعاونتها فى مهامها وفى تنفيذ القرارات والأوامر الصادرة من اللواء وتقديم تقارير دورية كل ثلاثة أشهر عن سير أعمالها ومتطلبات القضاء إلى اللواء .

تاسعاً : عدم السماح بتنفيذ العلاقات المترتبة على المؤاخاه أو الالتزام بها أو الاعتراف بآثارها .

حـ : مجالس النواحى

(أ) تشكيلها :

يتم تشكيل مجلس الناحية وفقاً للماده ٢٠ على النحو التالى :

١ ــ مدير الناحية — رئيساً .

٢ ــ ممثلو مكاتب الوزارات والمصالح بالناحية — أعضاء .

٣ — رئيس هيئة التعاون بالناحية عضواً .

وقد نصت المادة سالفة الذكر على أن يجتمع المجلس مرة كل شهر على الأقل وكلما دعت الحاجة بدعوه من رئيسه . وللأخير أن يدعو لحضور الجلسات من يرى استدعاءه بشرط ألا يصوت فى المداولات . وتحدد قرارات المجلس بأغلبية أصوات الحاضرين فإن تساوت الأصوات رجح الجانب الذى منه الرئيس .

(ب) إختصاصاتها :

كما أحال الشرع إلى الماده ١١ بالنسبة لإختصاصات مجلس القضاء ، فعل أيضاً بالنسبة لإختصاصات مجالس النواحى : فقد نصت الماده ٢١ على أن مجلس الناحية يختص بالنظر فى المسائل المنصوص عليها فى المادة ١١ من القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٠ وبما لا يتعارض مع إختصاصات مجلس اللواء ومجلس القضاء .

ملاحظاتنا على النصوص :

نحيل فى هذا الصدد إلى ما بيناه آنفاً عند حديثنا عن مجالس الألوية فيما يتعلق بافتقادنا للعنصر الشعبى فى تشكيل المجالس المحلية . وكذلك فيما ذكرناه بشأن عدم تخويل المجلس المحلى سلطة إنشاء المرافق المحلية مع الأهمية القصوى لهذا النوع من الإختصاص .

الفرع الثانى

الرقابة على المجالس المحلية

إذا نحن أمعنا النظر فى نصوص قانون الإدارة المحلية نجد أن أجهزة الرقابه فيه قد تنوعت إلى رقابة من جانب السلطة المركزية وأخرى من جانب السلطة المحلية .

(١) الرقابة (أو الوصاية) من جانب السلطة المركزية

الجهات التى تباشر الرقابة على المجالس المحلية يتركز معظمها فى شخص وزير الإدارة المحلية . وهناك بعض الإختصاصات البسيطة لرئيس مجلس

الوزراء أوردها القانون ، ولكننا بتمحيصها نجد أنها لا تمثل رقابة حقيقية على المجالس المحلية مثل تلك التى خولت لوزير الإدارة المحلية . فمثلا تبلغ إلى رئيس مجلس الوزراء توصيات ومقترحات مجالس الألوية عند اللزوم وعن طريق وزير الإدارة المحلية . كما أن تعيين المحافظ يتم بقرار جمهورى بناء على عرض رئيس مجلس الوزراء .

ولذلك فإننا سنركز على إختصاصات وزير الإدارة المحليه باعتبار أن القانون قد منحه سلطات الرقابة الحقيقية على المجالس المحلية .

وزير الاداره المحلية

لم يكتف المشرع بإيراد اختصاصات وزير الإدارة المحلية فى صدد الرقابة على المجالس المحلية فى نصوص قانون الاداره المحليه . وإنما أورد صنوفاً أخرى منها فى قانون إنشاء وتنظيم وزارة الادارة المحلية رقم ٥ لسنة ١٩٨١ .

ولذلك فإننا سنقف على أوجه الرقابة التى منحها القانون لذلك الوزير أولا فى قانون الإدارة المحلية — وثانياً فى قانون إنشاء إدارة الإدارية المحلية .

(ا) إختصاصات الوزير فى قانون الإدارة المحلية .

وردت هذه الاختصاصات متناثره فى القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٠ وإليك أهمهـــا :

١ — إصدار جميع القرارات واللوائح التنظيمية اللازمة لتنفيذ أحكام قانون الإدارة المحلية . (م ٣١) .

٢ — إصدار اللائحة الإجرائية لتنظيم أعمال مجالس الألوية والقضوات والنواحى (م ٢٣) وإن كنا نرى أن هذا مما يندرج تحت نص الماده ٣١ سالفة الذكر .

٣ — إتخاذ القرار المناسب فى حالة الخلاف الذى ينشأ بين المحافظ ومجلس القضاء . فقرارات مجلس القضاء يصدق عليها المحافظ ، وله أن يعترض عليها ، فإذا إعترض تعاد ثانية إلى مجلس القضاء ، فإذا أصر المجلس على

قراره يرد الأمر إلى وزير الإدارة المحلية لتقرير ما يراه . فله سلطة حسم النزاع وإتخاذ القرار النهائى .

(ب) إختصاصات الوزير فى قانون إنشاء وزارة الإدارة المحلية .

بادىء ذى بدء يلاحظ أن القانون المذكور حين نص على إختصاصات الوزير بشأن الإشراف على الإدارة المحلية فإنه قد ذكرها على أنها اختصاصات الوزارة نفسها . وكان الأجدر بالمشرع أن يسندها إلى الوزير ذاته . لأنه كما قررت المادة الثانية « هو السلطة العليا فى الوزارة . . . ويكون له كافة السلطات والصلاحيات لتحقيق أهداف الوزارة وتنفيذ إختصاصاتها . . . »

وعموماً فإن أهم هذه الإختصاصات حسبما وردت بالمادة الأولى : منها ما يتعلق بأعمال المجالس المحلية ومنها ما يتعلق بأشخاص تلك المجالس .

الرقابة على الأعمال

(ح) مراقبة أوجه النشاط الإدارى المالى فى الألوية والقضوات والنواحى وبحث المشاكل التى تحول دون تنفيذ السياسة العامة للدولة فى هذا المجال واقتراح الحلول العملية لحلها .

(د) الرقابة على توصيات مجالس الألوية والقضوات والنواحى وذلك بإقرار ما هو قانونى منها فى حدود الامكانيات المتاحة .

(ه) مراقبة أعمال محافظى الألوية ومدراء القضوات والنواحى . . . والإشراف عليهم بما يؤدى إلى حسن سير أعمالهم .

(م) مراقبة ومتابعة تنفيذ مجالس الألوية والقضوات والنواحى لقرارات الوزارات المعنية فيما يتعلق بالمرافق التى تتولاها داخل الوحدات الإقليمية الثلاث .

(ن) فحص ميزانية وحدات الإدارة المحلية ومجالسها .

أما الرقابة على الأشخاص .

تنص الفقره (ه) من المادة الأولى على أن وزير الإدارة المحلية يتولى

الإجراءات القانونية فيما يختص بتعيين وعزل ونقل محافظى الألوية ووكلائهم ومدراء القضوات والنواحى .

كذلك ممارسة السلطة الرئاسية بشأن الشكاوى التى تقدم من المواطنين ضد التصرفات التى تتعارض مع مبدأ المشروعية، أو يساء فيها استعمال السلطة ويكون ذلك بالبت فيها فى ضوء القوانين والأنظمة السائدة .

(ب) الرقابة من جانب الادارة اللامركزية

تنحصر الرقابة من جانب الإدارة المركزية فى شخص المحافظ ومدير القضاء وكذلك رقابة المجالس المحلية على بعضها البعض .

(أ) رقابة المحافظ

جعل القانون من المحافظ سلطة وصائية بالنسبة للقرارات الصادرة من مجلس القضاء فهى لا تصبح نافذة إلا بتصديقه عليها . تلك القرارات التى يجب أن ترسل له فى خلال أسبوع من صدورها ؛ (م ١٧) . وكما أسلفنا فإنه إذا اعترض المحافظ وأعيد الأمر إلى مجلس القضاء وأصر على رأيه ، يرد الأمر إلى وزير الإدارة المحلية لحسم الموضوع بقرار منه .

(ب) رقابة مدير القضاء

أسند القانون إلى مدير القضاء ذات السلطة الممنوحة للمحافظ فى الرقابة بالنسبة إلى قرارات مجلس النواحى . فإذا اعترض مدير القضاء على موضوع ما ارتأى فيه مجلس الناحية رأياً ، أعيد الموضوع إلى مجلس الناحية فإذا أصر على رأيه يرد الأمر إلى محافظ اللواء لحسم النزاع بقرار منه يفصل فى الموضوع فصلا نهائياً .

(ج) الرقابة من المجالس المحلية على بعضها

تتميز هذه الرقابة بأنها رقابة ذات فاعلية أكبر لأن المجالس المحلية تكون أكثر دراية بواقع الأمور من السلطات الوصائية ، فضلا عن أن ذلك

يتمشى ما يقرره الدستور اليمنى من أن المجالس المحلية تمارس شئون المنطقة بطريقه ديمقراطية (م ١١٠) من الدستور .

والرقابة التى تمارسها المجالس المحلية تنحصر فى رقابة مجلس اللواء على قرارات المجالس الأولى وهى مجالس القضوات والنواحى . فقد نصت الماده ١١ ـ سادساً وهى تتحدث عن اختصاصات مجلس اللواء على :

« استعراض قرارات وتوصيات مجالس القضوات والنواحى وإقرارها على ضوء السياسة العامة للدولة » .

وعليه فإن مجلس اللواء له أن يصدق على قرارات مجالس القضوات والألوية كما له أن يرفض ذلك ، كما لو كانت تلك القرارات لا تتمشى مع السياسة العامة للدولة مثلا .

الباب الثانى

وظائف الاداره

تهدف الجهات الإدارية من وراء نشاطها إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد ، وتحقيق المصلحة العامة للجماعة كلها ، ذلك النشاط الذى يختلف من دولة إلى أخرى تبعاً للفلسفة التى تعتنقها كل دولة والظروف السائدة فيها .

وكأصل عام فإن إشباع الحاجات العامة للأفراد ، وتقديم الخدمات العامة لهم لا يستلزم أن تقوم به الدولة بنفسها دائماً ، فمن الحاجات العامة ما يترك إلى النشاط الفردى لأنه يقوم بإشباعه بصورة مرضية . ولا يمكن أن نتصور مجتمعاً ينعدم فيه النشاط الفردى ، بل أن الدول الإشتراكية والشيوعية نفسها يوجد فيها النشاط الفردى ، ومن قبيل ذلك صناعة الخبز مثلا .

ولكن النشاط الفردى لا يمكن أن يترك حراً دون رقابة ، فيلزم أن تتدخل الدولة لتنظيمه وتوجيهه ورقابته عن طريق ما تضعه من تنظيمات وما تفرضه من قيود تكفل صونه ورقابته ، ومنع إعتداء الأفراد على حريات بعضهم ، والحيلولة دون وقوع إضطرابات أو فوضى تخل بالنظام العام فى الجماعة .

ومن أجل ذلك توجد سلطات الضبط الادارى (١) .

وقد تتولى الادارة بنفسها إشباع الحاجات العامة للأفراد ، فتنشىء المرافق العامة تقديراً منها أنه ليس من المصلحة أن يترك ذلك للأفراد .

أو نظراً لخطورة ذلك النشاط ، وأهميته التى تحتم أن تقوم به الدولة بنفسها كالحفاظ على الأمن وإقامة العدل بين الناس ، أو قد ترى أن النشاط المرفقى يدر أموالا لبدا يكون من المصلحة أن تستأثر بها الخزينة العامة ،

---

(١) راجع ثروت بدوى ، القانون الإدارى ، المجلد الثانى سنة ١٩٨٠ ، ص ٦

فتعود بالنفع على مجموع الشعب لا على فرد بذاته أو عدة أفراد وإلى غير ذلك من الأسباب ، ويبين مما تقدم أن نشاط الإدارة فى سبيل إشباع الحاجات العامة للأفراد وتحقيق المصلحة العامة للجماعة يتخذ أحد مظهرين :

١ — الضبط الادارى .

٢ — المرفق العام .

وسنتناول كل موضوع منهما فى فصل مستقل .

الفصل الأول

الضبط الإدارى

(أو البوليس الإدارى)

نتناول فى هذا الفصل تحديد مدلول الضبط الإدارى وأغراضه وكيفية ممارسة سلطاته ، وحدوده ؛ كل موضوع منها فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

تحديد ماهية الضبط الإدارى

تعريفـــه :

يقصد بالضبط أو البوليس الإدارى مجموعة الاجراءات والقواعد التى تفرضها الإدارة على الأفراد بقصد تنظيم نشاطهم ومجالاته وتقييد حرياتهم في حدود القانون لصون النظام العام فى المجتمع (١) .

وقواعد الضبط الإدارى تحدد القدر اللازم من السلطة الذى سيستخدم لضبط الحرية الفردية بما يكفل تنظيمها وحمايتها . ويحول دون تعارضها مع حريات الآخرين . ويتمتع رجال الإدارة أو رجال الضبط بسلطة تقديرية فى ممارسة الضبط الادارى فهم يوازنون بوجه عام بين الحريه والسلطه . ويقومون بتحديد القدر اللازم من القيود التى تفرض على الحرية الفردية ، ويقدرون مدى ملاءمة الإجراءات التى يتخذونها قبل الأفراد للمحافظة على النظام العام .

تميز الضبط الإدارى عن غيره من أنواع الضبط :

ويجدر بنا أن نميز بين الضبط الإدارى وغيره من وجوه الضبط الأخرى

---

(١) يلاحظ أن لفظ البوليس الإدارى يرادف لفظ الضبط الإدارى . أما الهيئة القائمة بوظائف البوليس فيطلق عليها لفظ الشرطة .

الضبط الإدارى والضبط التشريعى :

وإلى جانب الضبط الإدارى الذى تقوم به الإدارة ، يوجد أيضاً نوع من الضبط يسمى الضبط التشريعى وهو الذى يضطلع به البرلمان . ويقصد به مجموعة القوانين الصادرة فى شأن الحريات العامة كتلك التى تتعلق بتقييدها وتنظيمها ، فالحريات العامة ومن أمثلتها حرية الانتقال أو حرية العقيدة تجد مصدرها فى الدستور ، ولكن تفصيلات ممارستها تجدها مكتوبة فى القانون الذى يصدر بتنظيم كل نوع منها ، عن طريق التشريعات التى ترسم الإطار العام لممارسة تلك الحرية وحدودها ، والسلطة المختصة بالضبط ، ومدى حقوق الأفراد حينئذ .

ومن أمثلة الضبط التشريعى تلك القوانين التى تصدر فى شأن مراقبة الأغذية وتداولها أو التى تصدر فى شأن النظافة العامة ، وتلك التى تصدر فى شأن المرور وتنظيمه .

والأصل أن الضبط الإدارى الذى تمارسه الإدارة يعمل فى حدود الإطار التشريعى المنصوص عليه فى القوانين الصادرة من السلطة التشريعية ، وإن كان ذلك الأصل لا يجرد سلطة الضبط من التصرف أحياناً باستقلال عن التشريع (١) .

الضبط الادارى والضبط القضائى .

قد يحدث الخلط بين الضبط الإدارى والضبط القضائى مع أن بينهما فوارق كثيرة . والمعيار الدقيق الذى يستخدم للتمييز بينهما يكمن فى اختلاف دور كل منهما ، فبينما يهدف الضبط الإدارى إلى وقاية المجتمع بمنع الإخلال بالنظام العام والحيلولة دون حدوث الجرائم أو ارتكابها ، يأتى دور الضبط القضائى فيقوم بمهمة لاحقة وهى البحث عن مرتكبى الجرائم بعد وقوعها ومحاولة تعقبهم وضبطهم ، وجمع الأدلة اللازمة ضدهم توطئة لتقديم المتهمين إلى المحاكمة لينالوا العقاب المناسب عن الإخلال بالأمن .

وتأسيساً على ذلك فانه لما كانت قرارات الضبط الإدارى الصادرة من

---

(١) طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٤٨٨ .

جهات الإدارة هى قرارات إدارية وليست قضائية، فإنها متى استجمعت عناصر القرار الإدارى خضعت للرقابة القضائية، تلك الرقابة التى يمارسها القضاء على أعمال الإدارة إلغاء وتعويضاً . أى إلغاء القرار المخالف للقانون وتعويض من أصابه ضرر من جراء هذا القرار غير المشروع . ومثالها قرارات وزارة الداخلية التى تصدر بشأن إعتقال الأفراد أو منع الاجتماعات السياسية والدينية إذا كانت تلك القرارات مخالفة للقانون .

أما أعمال الضبط القضائى فانها لا تعد من قبيل القرارات الإدارية التى يجوز الطعن فيها أمام القضاء بالإلغاء ، وإنما تعتبر من القرارات القضائية وبالتالى فلا يجوز أن يرفع صاحب الشأن دعوى إلغاء بصددها ، كما أنها لا تستوجب المسئولية عنها بالتعويض كمبدأ عام وفقاً للرأى الراجح .

ومثال أعمال الضبط القضائى أعمال رجال البوليس أو النيابة العامة بالقبض على الأفراد وتفتيشهم وتفتيش مساكنهم لضبط أدلة الجريمة ومرتكبيها تدعيما للعدالة .

وقد قيل بأنه يمكن التميز بين أعمال الضبط الإدارى والضبط القضائى على أساس معيار عضوى . بمعنى العضو الذى يتولى كل منهما ، فيكون الضبط إدارياً لأنه يقوم به رجال الإدارة بينما يكون الضبط قضائياً لأنه يعهد به إلى رجال السلطة القضائية .

ولكن هذا المعيار معيار غير منضبط دائماً، لأن كثيراً من رجال الضبط القضائى هم فى ذلك الوقت من رجال الضبط الإدارى ، كرجال المرور مثلا ومأمورى الأقسام والعمد والمشايخ (أو العريف والمأمون فى القرى فى اليمن) ، فهم يعملون قبل حدوث الجريمة وبعد وقوعها .

فرجل المرور مثلا يتولى تنظيم المرور فى الشوارع والطرقات تلافياً لحوادث السيارات وفى الوقت ذاته إذا خالف أحد من سائقى السيارات قواعد المرور وآدابه، يقوم على الفور بتحرير محضر بالمخالفات التى ارتكبها المخالف وسحب رخص القيادة ، أو مصادرة آلة التنبيه التى كانت تسبب إزعاجاً أو أسيء استعمالها، ثم يرسل المحضر إلى الجهة المختصة لتقديم المخالفين إلى المحاكمة لينالوا العقاب الجنائى المقرر .

المبحث الثانى

أغراض الضبط الإدارى

الهدف من تقرير الضبط هو حماية النظام العام فى المجتمع وفرض احترامه على الجميع . على أن النظام العام هنا له مدلول محدد يقصد به ثلاثه وجوه . الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة .

فالضبط الإدارى لا يستخدم بقصد تحقيق كل أوجه الصالح العام بالمعنى الواسع لمفهوم ذلك الاصطلاح . وإنما يقتصر على العناصر الثلاثة المذكورة فقط .

(١) الأمن العام .

صيانة الأمن العام يقصد بها إتخاذ كل ما من شأنه طمأنينة الفرد فى المجتمع على نفسه وماله من خطر الاعتداء ؛ ولبلوغ ذلك تتخذ الادارة كافة الاجراءات اللازمة لمنع وقوع الجرائم . والوقاية من الاضطرابات والفتن . كتنظيم المظاهرات . وتنظيم المرور فى الشوارع والطرقات ، وكذا اتخاذ الإجراءات التى تدرأ خطر الكوارث الطبيعية ؛ سواء كانت من صنع الطبيعة أو الإنسان كالسيول . والحرائق وحوادث السطو ، ومن قبيل ذلك أيضاً حجز المصابين بالأمراض العقلية فى أماكن خاصة إذا كان من شأن هؤلاء المرضى تهديد الأمن والسكينة فى المجتمع .

ومن قبيل إجراءات الضبط الإدارى التى تتصل بالحفاظ على الأمن العام ما تصدره الإدارة المختصة بالاسكان من قرارات إدارية لدرء خطر المبانى الآيلة للسقوط باخلائها من الأرواح ثم تنكيسها أو هدمها . ومن قبيل ذلك أيضاً تلك القوانين التى تصدر فى شأن الحيوانات الشرسة أو الضارة كوضع كمامة على فم الكلاب لمنع عقرها للإنسان ، أو إتخاذ الاحتياطات الأخرى لدرء خطرها .

(ب) الصحة العامة .

يقصد بالصحة العامة كإحدى أهداف الضبط الإدارى وقاية المجتمع من الأخطار التى تهدد صحة الأفراد وقوتهم كالأمراض والأوبئه الفتاكة .

وينطوى تحت ذلك صور عديدة من الإجراءات التى تتخذها الإدارة كالعمل على توفير المياه الصالحه للشرب ، والتأكد من نظافة الأطعمة التى تعرض للبيع فى المحلات العامة ، والقيام بتحصين الأفراد ضد الأمراض المعدية والفتاكة وتنظيم عملية صرف المخلفات .

وتنظيم بناء المساكن وإنشاء المحلات العمومية . وإتخاذ إجراءات الحجر الصحى بالنسبة للمسافرين سيما القادمين من مناطق تفشى فيها وباء .

(ج) السكينة العامة .

تعنى السكينة العامة توفير الهدوء للأفراد وتجنب الإقلاق والإزعاج ، ويتم ذلك باتخاذ الإجراءات التى تكفل درء المضايقات التى تكون على درجة من الجسامة تسبب الإزعاج والتكدير .

ولذلك صور كثيرة . فمن الإجراءات الضبطية التى تهدف إلى توفير السكينة العامة تلك التشريعات أو القرارات الإدارية التى تصدر لمنع الضوضاء سيما بالليل كالإزعاج الذى ينبعث من مكبرات الصوت أو أجهزه التلفزيون أو من ورش إصلاح السيارات فى المناطق السكنية ،ومن قبيل تلك الإجراءات ما يتخذ لمنع مضايقات المتسولين فى الطرقات العامة .

الضبط الإدارى العام والضبط الإدارى الخاص : —

والضبط الإدارى الذى يهدف إلى صون النظام العام بشعبه الثلاثة السابقة يعرف فى الفقه بالضبط الإدارى العام . وإلى جانب ذلك توجد صورة أخرى للضبط تعرف بالضبط الإدارى الخاص ، لإقتصاره على بعض أنواع الضبط التى يحددها المشرع (١) .

ومن قبيل الضبط الإدارى الخاص ، الضبط الذى يستهدف المحافظة على جمال الطبيعة مثلا سيما فى العواصم ، فتصدر التشريعات والاجراءات

---

(١) ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٢٣ ، وانظر أيضاً فى مدلول الضبط الإدارى الخاص طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٤٩٢ ، ٤٩٣ .

التى تتخذ للمحافظه على تجميل الميادين العامة والمناطق الهامة ومثالها المناطق الأثرية ، وذلك الذى يرمى إلى الحفاظ على أنواع معينة من النباتات أو الغابات أو الحيوانات ، ومن ثم كانت تلك التشريعات أو القرارات الخاصة بتنظيم صيد الطيور أو الحيوانات سيما النادرة منها .

المبحث الثالث

وسائل الضبط الإدارى

لكى تمارس الإدارة سلطاتها فى الضبط الإدارى فتحمى النظام العام فى المجتمع ، يعترف لها باصدار القرارات الملزمة للأفراد ، سواء كانت تلك القرارات قرارات تنظيمية عامة وهى اللوائح أو قرارات فردية . وسنوضح كلا النوعين :

أولا : اللوائح :

تعتبر اللوائح أبرز مظهر تمارس به الإدارة سلطاتها فى الضبط الإدارى ، فعن طريقها نقوم بوضع القواعد العامة التى تقيد بها أو تنظم بعض أوجه النشاط الفردى للحفاظ على النظام العام وتسمى هذه اللوائح بلوائح الضبط .

وأمثال هذه اللوائح كثيرة : كتلك التى تصدر بتنظيم الاشتراطات التى يجب توافرها فى المحلات العامة ولوائح تنظيم المرور ولوائح الباعة الجائلين وغيرها من اللوائح .

وهذه اللوائح من الأهميه بمكان ، إذ هى تسهل على هيئات الضبط الإدارى القيام بعملها فهى تغنيها عن ابتداع قواعد من عندها كلما حدثت ظروف مفاجئة ، كما أن من المصلحة أن يكون الأفراد على بصيرة من الأمر سلفاً بالأوضاع التى يمارسون نشاطهم فى إطارها ، وبذلك نحول بين هيئات الضبط وبين التعسف أو التحكم الذى قد يبدر من جانبها لو لم توجد هذه اللوائح (١) .

---

(١) محمود سعد الدين شريف ، أساليب الضبط الإدارى والقيود الواردة عليه مجلة مجلس الدولة المصرى ، السنة الثانية عشرة ص ١٧ وما بعدها .

وتقييد النشاط الفردى فى لوائح الضبط قد يكون بالحظر أو باشتراط الإذن السابق أو إخطار الإدارة مقدماً ، وبيان ذلك :

(أ) الحظر الجزئى .

ويقصد به أن تنص لائحة الضبط على منع الأفراد من القيام باجراء معين أو تحرم عليهم ممارسة نشاط ما قد يرغبون القيام به .

والحظر الذى يباح للإدارة فرضه على الأفراد هو الحظر الجزئى أى الذى يقتصر نطاقه على بعض الأماكن أو بعض الأوقات ، أما الحظر الكامل أو المطلق لنشاط ما ، فانه ممتنع على الإدارة ، لأنه بمثابة إلغاء للحرية الفردية ومصادرة لها ومن ثم فهو غير مشروع .

وأمثلة الحظر الجزئى متنوعة مثالها حظر الأفراد من ارتياد أماكن معينة فى بعض الأوقات حفاظاً على الأمن العام . وتحديد إتجاه سير السيارات فى الطرق العامة ، ومنع وقوف السيارات فى بعض الأماكن أو فى بعض الأوقات ليلا أو أثناء النهار . لما قد يترتب على عدم اتباع ذلك من ازدحام وتكدس فى الشوارع وإعاقة لحركة المرور .

(ب) الاذن السابق :

ومثال ذلك أيضاً اشتراط الحصول على إذن من جهة الإدارة لاستخدام مكبرات الصوت فى إحدى المناسبات أو الحصول على ترخيص من الادارة قبل إجراء تعديلات فى المحلات العامة أو اشتراط الحصول على ترخيص من جهة التنظيم أو الإسكان باجراء ترميم فى إحدى المبانى .

ويلاحظ أنه فيما يتعلق بالحريات العامة التى قد ترد فى الدستور أو فى نصوص القانون فانه لا يجوز للوائح الضبط الإدارى كأصل عام أن تقيد ممارسة الأفراد لها بضرورة الحصول على إذن سابق من الإدارة ، ومن قبيل ذلك مثلا حرية الأفراد فى ممارسة الشعائر الدينية أو حرية التنقل من بلد إلى آخر طالما كانت الظروف السائدة فى الدولة هى ظروف عادية وليست ظروف استثنائية .

(ج) الإخطار السابق .

فى هذه الصورة من صور تقييد النشاط الخاص أو الفردى تكتفى اللائحة باشتراط إخطار الجهـــة الإدارية سلفا بالنشاط المزمع القيام به ، فقد تتخذ من جانبها بعض الإجراءات التى تكفل منع حدوث اضطراب محتمل عند ممارسة هذا النشاط ، كما فى أحوال عقد الاجتماعات .

ثانيا : القرارات الفردية

يقصد بالقرارات الفردية كمظهر لاستعمال الإدارة لسلطات الضبط الادارى ، أن تباشر الإدارة إختصاصاتها فى مسائل الضبط الادارى عن طريق إصدار أوامر إدارية تطبق على فرد معين أو مجموعة من الأفراد . ومثال ذلك الأمر الذى يصدر من قبل مرفق البلدية بهدم منزل آيل للسقوط . أو من قبل الشرطة بمنع تجمهر أو بمنع عقد إجتماع سياسى أو إحياء حفل ما . . . . الخ تقديراً من الجهة الإدارية أن هذا النشاط قد ينجم عنه اضطراب يعكر صفو الأمن أو يجلب الفوضى وعدم الاستقرار .

والواقع أن ممارسة الجهات الإدارية لإختصاصاتها فى مسائل الضبط الادارى فى غالبية أحواله، إنما يتم عن طريق هذه الأوامر الفردية ، لأن تطبيق لوائح الضبط غالباً ما يكون عن طريق هذه الأوامر .

وهذه الأوامر قد تصدر إلزاماً للفرد بعمل شىء أو بالامتناع عن عمل شىء ، كالأمر الصادر من جهة التنظيم مثلا بهدم بناء آيل للسقوط أو بإجراء ترميمات فنية بتدعيمه خشية سقوطه وحدوث خسائر فى الأرواح والأموال . أو الأمر بمنع عرض مسرحية معينة أو فيلم مخل بالآداب العامة أو مناف للدين أو يجافى القيم الرفيعة ، أو يؤذى الشعور الوطنى الكامن لدى الأفراد أو يحرض على ارتكاب الجريمة سيما لدى الناشئة .

مدى إستناد الأوامر الفردية إلى اللوائح :

يثور فى هذا الصدد تساؤل على درجة من الأهمية ، وهو هل يتأتى لرجال الضبط أن يصدروا من جانبهم أوامر فردية لا تكون مستندة إلى قواعد تنظيمه عامة أى لائحة ؟

اختلف الفقهاء فى هذا الصدد على مذهبين ، فيرى أغلب فقهاء القانون العام أنه لا يجوز لرجال الضبط أن يتخذوا اجراء من إجراءات الضبط لم يرد فى شأنه سلفاً تنظيم لائحى سابق ، بينما يرى البعض أن ذلك أمر جائز للإدارة . وقد نشأ هذا الاختلاف الفقهى بسبب تذبذب أحكام القضاء أيضاً حول هذا الموضوع .

المبحث الرابع

حدود الضبط الإدارى

ليس معنى تمتع الإدارة بسلطات الضبط الإدارى قبل الأفراد أن تكون سلطاتها تلك مطلقة بغير حدود . وإنما هى تخضع فى ذلك لقيود وضوابط عديدة يمكن إجمالها فيما يلى :

أولا : إحترام مبدأ المشروعية :

مبدأ المشروعية فى إيجاز يعنى الخضوع للقانون ، بمعنى التزام كل من الحكام والمحكومين بأوامره واجتناب نواهيه ، ومفاده بالنسبة للإدراة أن تأتى كل تصرفاتها مطابقة لأحكام القانون ، فإن هى خالفت ذلك استوجبت توقيع جزاءات قانونية عليها من الهيئة المختصة ، لافتئاتها على مبدأ المشروعية طابع الدولة القانونية الحديثة .

وهكذا يتقيد رجال الإدارة فى ممارستهم لسلطات الضبط باحترام كافة القواعد القانونية التى تهيمن على تصرفاتهم وتضبطها، سواء كانت هذه القواعد قواعد دستورية أو قانونية أو لائحية .

فإذا استلزمت قاعدة قانونية عليا إجراءاً معيناً يجب على الإدارة اتخاذه قبل الشروع فى الإجراء الضبطى ، فإن على الإدارة احترام تلك القاعدة واتباع حكمها ، فلو تطلب القانون مثلا استصدار إذن من القاضى قبل القيام بإجراء معين ، لزم صدور هذا الإذن سلفاً كما هو الشأن فى حالة استراق السمع وتسجيل المكالمات التليفونية التى تشكل مثلا خطراً على أمن الدولة .

وفضلا عن ذلك فقرارات الضبط الإدارى يتطلب بشأنها ضرورة اجتماع تلك الشروط العامة التى يجب أن تتوافر فى كل قرار إدارى ، فلا بد أن يستجمع قرار الضبط أركانه وشروط صحته المقررة فى القانون .

وبناء على ما تقدم فإن الحظر الكلى أو الشامل لممارسة إحدى الحريات يعتبر أمراً غير مشروع . لأنه يخالف قاعدة قانونية عليا مقررة فى الدستور ، ويمثل إلغاء كاملا للحرية المكفولة لكل فرد .

وعليه حكم بأن القرار بأن الذى حظر مهنة التصوير الفوتوغرافى فى الطرقات حظراً مطلقاً يعتبر غير مشروع ، لما فيه من افتئات واعتداء على مبدأ حرية التجارة والصناعة ، وقد كان فى استطاعة الجهة الإدارية التى اتخذت هذا القرار أن تقصر الحظر على أماكن معينة أو ساعات معينة ، تيسيراً لانسياب حركة المرور فى المدينة أو منعاً للازدحام أو تجنباً للمضايقات التى يطوق بها المصورون السياح (١) .

والقضاء عموماً وهو يراقب أعمال الإدارة يمارس رقابة أشد كلما تعلق الإجراء الضبطى بحرية من الحريات الأساسية التى يكفلها الدستور ، كحرية العقيدة أو حرية عقد الاجتماعات مثلا ، بينما تخف وطأة الرقابة إذا كان إجراء الضبط يتصل بنشاط فردى لا يرقى إلى مرتبة الحرية الفردية ، كما لو كان الأمر يتعلق بمجرد رخصة من الرخص التى يعهد بتقدير أمرها إلى جهة الإدارة ورجالها .

وقد وضح ذلك المسلك القضائى فى كثير من الأحكام التى أصدرتها محكمة القضاء الإدارى فى مصر ، بالنسبة لقرارات الضبط الإدارى التى تتصل بحريات الأفراد فى مجال حرية العبادة وفى مجال حرية الصحافة والنشر ، أو تلك التى تتعلق بحرية التجارة . (٢)

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٥١/٦/٢٢ . مجموعة دالوز سنة ٥١ ، ص ٥٨١ .

(٢) فمن أحكامها : حكمها فى ١٩٤٨/٢/٢٤ ، مجموعة السنة الثانية ص ٣٧٨ ، وحكمها فى ٢٦/٦/ ١٩٥١ ، مجموعة السنة الخامسة ص ١٠٩٩ ، وحكمها فى ٢٢ / ١ / ١٩٥٢ مجموعة السنة السادسة ص ٣٤٠ .

كذلك فإنه مما يدخل فى إطار المشروعية التزام الإدارة وهى تمارس نشاطها فى الضبط بمبدأ المساواة ، فلا تجرى تمييزا بين الأفراد المتساويين فى الظروف ، وألا تكون قد أخلت بمبدأ المشروعية ، فتبطل حينئذ إجراءات الضبط التى تكون قد اتخذتها فى مواجهة الأفراد (١) .

المشروعية فى الظروف الإستثنائية :

قد تطرأ على الدولة بعض الظروف الاستثنائية كما هو الشأن فى حالة حدوث الاضطرابات الداخلية والفتن والحروب أو نشوء الأزمات الاقتصادية ، وهنا يثور التساؤل عن مدى السلطات التى يسمح بها للإدارة فى تلك الظروف ، لمعالجة ما ينجم عنها من أوضاع داخلية قميئة ، أو بعبارة أخرى كيف نجرى التوازن بين السلطة التى يسمح بها للإدارة والحرية التى هى من أهم ما يحرص عليه الإنسان ؟

لقد اعترف فقه القانون العام وقضائه للإدارة بسلطات استثنائية تمارسها فى تلك الظروف ، أوسع مدى من السلطات المقررة لها فى الظروف العادية .

ومن هنا برزت نظـرية الظروف الاستثنائية التى أصبحت اليوم . من بين المبادئ العامة للقانون(٢) . ويترتب على هذه النظرية أن يوسع المشرع من سلطات الضبط المقررة للإدارة وهى تواجه بها تلك الظروف فتصدر ما يسمى بقوانين الطوارئ والتعبئة العامة والدفاع المدنى . على أن تمارس السلطات الاستثنائية المقررة فيها إذا أعلنت حالة الطوارئ (وهو ما يسمى خطأ بنظام الأحكام العرفية) أو التعبئة العامة .

ويترتب على إعلان حالة الطوارئ عدة آثار قانونية هامة منها (٢) .

١ — انتقال أغلب اختصاصات الضبط الإدارى من السلطة المدنية إلى السلطات التى تهيمن على حكم البلاد ، وهو الحاكم العسكرى ومعاونيه .

(١) ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٣١ .

(٢) راجع فى ذلك أحمد مدحت ، نظرية الظروف الاستثنائية رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٦ جامعة القاهرة .

(٣) طعيمة الجرف ، المرجع السابق . ص ٥٠٥ .

٢ – يخول الحاكم العسكرى سلطات استثنائية واسعة فيباح له اتخاذ التدابير التى ينص عليها القانون بإعلان منه أو بأمر كتابى أو شفوى ، كسحب رخص السلاح من حامليه ، والإذن بتفتيش الأشخاص والمنازل فى أى وقت ، وإجراء الرقابة على الصحف قبل صدورها ، ومراقبة الرسائل والبرقيات والتليفونات ، وتحديد مواعيد استثنائية للعمل فى المحلات العامة ، واعتقال الخطرين على الأمن العام ، ومنع عقد الاجتماعات وتفريقها ولو بالقوة ، ومنع المرور فى ساعات معينة من النهار أو بالليل ، وإخلاء بعض المناطق والأماكن مما يشغلها ، والاستيلاء على وسائل النقل الخاصة بالأفراد .

٣ – استحداث محاكم من نوع خاص لمحاكمة من يرتكب الجرائم التى تقع بالمخالفة لقرارات الحاكم العسكرى العام . وجدير بالذكر أن الأحكام التى تصدرها هذه المحاكم غير قابلة للطعن فيها بأى وجه ، وإن كان يجوز التظلم فيها للحاكم العسكرى العام ، فهى تخضع لتصديقه وتسمى هذه المحاكم بمحاكم أمن الدولة .

ويتمتع الحاكم العسكرى بسلطات واسعة حين يتولى التصديق على الحكم ، فله أن يخفف العقوبة أو يوقف تنفيذها أو يلغى الحكم بالكلية .

بل إنه حتى إن خلت النصوص من القواعد التى تتبع عند طروء الظروف الاستثنائية . فإن السلطة الإدارية يسمح لها باتخاذ الإجراءات الحاسمة أو السريعة على نحو يكفل لها حماية النظام العام ، ووقاية الدولة من شر ما طرأ .

ومما يجب التنبيه إليه أن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية ليس معناه أن تأتى الإدارة بتصرفات غير مشروعة ، وإنما يقصد بهذه النظرية أن الإجراءات الاستثنائية التى لا يباح للإدارة اتخاذها فى الظروف العادية تصبح مشروعة فى ظل الظروف الاستثنائية ولكنها مشروعية استثنائية . ومثال ذلك قرارات الاعتقال واستيلاء الإدارة على بعض السيارات الخاصة كالشاحنات لنقل المؤن والأغذية إلى مواطن الكوارث أو الحروب مثلا .

الرقابة القضائية على المشروعية الإستثنائية : —

ليس معنى تمتع الإدارة بسلطات واسعة فى ظل الظروف الاستثنائية أن سلطاتها تلك بلا قيود أو ضوابط ، وإنما هى تخضع لقيود كثيفة يسهر القضاء على التحقق منها حتى لا يساء استخدامها وينقلب الأمر إلى إهدار للحريات والحقوق . فنحن لا زلنا فى إطار المشروعية ولكنها مشروعية استثنائية ، وما دمنا بصدد المشروعية فإن تصرفات الإدارة تتقيد بقيود قانونية ويمكن تلخيص هذه القيود فيما يلى : —

١ — لا بد من وجود حالة شاذة وطارئة واقعية أو قانونية فيه تدعو إلى التدخل السريع والحاسم من جانب االإدارة، لماتنطوى عليه تلك الحالة من تهديد خطر للأمن أوتعطيل لسير المرافق العامة فى الدولة أو فى أحد أقاليمها .

وتوجد حالات كثيرة غير حالة الحرب تهدد بالاضطراب والإخلال بالنظام أضفى عليها مجلس الدولة الفرنسى طابع الظروف الاستثنائية . ومن قبيل ذلك الأزمات المالية والاقتصادية التى تسبب الاضطرابات العامة والثورات والفتن ، والكوارث الطبيعية المفاجئة كالزلازل والبراكين والفيضانات والسيول . فقد انتهى مثلا مجلس الدولة الفرنسى إلى عدم جواز تنفيذ الأحكام القضائية إذا كان من شأن ذلك تعكير صفو الأمن والإخلال بالنظام ، فحكم بأن امتناع الجهة الإدارية عن تنفيذ الحكم الصادر بأحقية أحد الأفراد لقطعة من الأرض ، هو امتناع سائغ لما يؤدى إليه التنفيذ من طرد الأهالى المقيمين فيها وما قد يتلو ذلك من اضطراب وتذمر .

(حكم المجلس فى ٢٠ / ١١ / ١٩٢٣) كما حكم بمشروعية امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضى بطرد عمال بعض المصانع كانوا قد أعلنوا الإضراب والاعتصام بالمصنع ، لأنه قد ينجم عن الطرد تهديد للأمن العام واضطرابه (حكم المجلس فى ٣ / ٦ / ١٩٢٣) .

٢ — أن يكون تصرف الإدارة لازماً لمواجهة الظروف الطارئة .

٣ — أن تتغيا الإدارة من تصرفها وجه المصلحة العامة . فلا تنحرف

عن هذا الغرض إلى غرض آخر ، لو كان الباعث على الإجراء باعث شخصى كالانتقام السياسى مثلا من خصومها .

وعليه فقد حكم بأن : « سلطة الحكومة فى هذا المجال ليست ولا شك طليقة من كل قيد ، بل تخضع لأصول وضوابط فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل وأن يكون تصرف الحكومة لازماً لمواجهة هذه الحالة بوصفها الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف وأن يكون رائد الحكومة فى هذا التصرف ابتغاء تحقيق مصلحة عامة . وبذلك تخضع مثل هذه التصرفات لرقابة القضاء . غير أن المناط فى هذه الحالة لا يقوم على أساس التحقق من مدى مشروعية القرار من حيث مطابقته أوعدم مطابقته للقانون ، وإنما توافر الضوابط التى سلف ذكرها أو عدم توافرها فإذا لم يكن رائد الحكومة فى هذا التصرف الصالح العام بل اتجهت إلى تحقيق مصلحة خاصة مثلا فإن القرار يقع فى هذه الحالة باطلا » (١) .

كما قضت المحكمة الإدارية العليا أيضاً بأن وإن كان الحاكم العسكرى يتمتع بسلطة تقديرية واسعة كى يواجهه بها الظروف الاستثنائية التى تداهم البلاد فإنه ينبغى ألا تجاوز تلك السلطة الحدود الدستورية المقررة ، وألا تتغول على الحريات العامة دون مبرر قانونى ، وإلا أصبحت مشوبة بعدم المشروعية وانبسطت عليها رقابة القضاء إلغاء وتعويضاً(٢) .

ثانيـــاً : توافر الملاءمـــه

فى صدد ممارسة الجهات الإدارية المختصة لإجراءات الضبط لا يكفى أن نبحث فيما إذا كان الإجراء الذى اتخذ مشروعاً أم غير مشروع ، بل يجب أيضاً أن يكون الأمر الصادر من سلطة الضبط والذى يتضمن إجراءاً ضبطياً ملائماً للظروف التى اتخذ فيها ، أياً كان نوع هذه الظروف . فالقضاء

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٤ - ٤ - ١٩٦٤ ، مشار إليه فى مؤلف محمود حلمى وفؤاد النادى سالف الذكر ص ١٣١ .

(٢) حكمها فى ١٣ - ٤ - ١٩٥٧ ، السنة الثانية ص ٨٨٧ .

حين يراقب أعمال رجال الضبط لا يتأكد فقط من أن الإجراء الضبطى أو القرار الضبطى كان سليما وجائزا من الناحية القانونية ، وإنما يبسط رقابته أيضاً من حيث الملاءمة ، فهل كان الإجراء الضبطى ملائماً وقت اتخاذه للظروف التى كانت قائمة وقت صدوره ، أم لم يكن ذلك .

وفى هذا تقول محكمة القضاء الإدارى « ... أنه وإن كانت جهة الإدارة فى الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التى تترتب على الوقائع الثابت قيامها والتى من أجلها تتدخل لإصدار قرارها ، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإدارى بشرعيته ، ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور ، خصوصاً فيما يتصل بالحريات العامة ، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره ، فلا يكون العمل الإدارى حينئذ مشروعاً إلا إذا كان لازماً ، وهو فى ذلك يخضع لرقابة محكمة القضاء الإدارى (١) . »

وإذ كنا بصدد الملاءمة ، فإنه يجب أن يكون معلوماً أن أساليب الضبط الإدارى التى تتخذها الإدارة تختلف تبعاً لإختلاف الزمان والمكان .

فمن إجراءات الضبط الإدارى ما يعتبر سائغاً لو إتخذ آناء الليل ولا يعتبر كذلك لو تم أثناء النهار ، فلو أن أحد الأشخاص ضبط بعد منتصف الليل حاملا جهازاً تلفزيونياً أو حاملا جوالا ممتلئاً ، فإن أمره يدعو للاشتباه فيه ، وتكون الظروف حينئذ ملائمة لاستيقافه والقبض عليه . بينما لو حدث ذلك أثناء النهار فلا مبرر لتقييد حرية مثل ذلك الشخص ، فإذا قيدت حريته يكون الإجراء غير ملائم .

وبالنسبة لظروف المكان فإن إجراءات الضبط لابد أن تكون متلائمة أيضاً مع ظروف المكان الذى تتخذ فيه ، فاستعمال بعض سلطات الضبط فى مناطق الحدود وأماكن الإضطرابات يعتبر أمراً سائغاً يبرر للإدارة تقييد

---

(١) حكمها فى ٢٥ - ٣ - ١٩٥٦ ، مشار إليه فى مؤلف محمود حلمى وفؤاد النادى ص ١٢٥

بعض الحريات . كحرية الأفراد فى الغدو والرواح ، بينما لا تكون مثل هذه الإجراءات ملائمه إذا جرى إتخاذها داخل مدينة تتسم بالهدوء والسكينة .

ويقوم مجلس الدولة الفرنسى فى كل حالة تعرض عليه بتقدير الظروف الواقعية التى دفعت الإدارة إلى إتخاذ قرارها الضبطى لبيان مدى ملاءمته ، وعليه فقد قضى بإلغاء القرار الإدارى الصادر من محافظ الإقليم بمنع إقامة صلاة دينية فى الهواء الطلق فى ميدان عام ، لأن الإخلال المرتقب بالأمن والنظام العام من جراء هذا الإجتماع الدينى ، والذى تذرعت به الإدارة لم يبلغ الدرجة التى تعجز معها سلطات الأمن عن مواجهته والإحاطة به .

وفى ظروف أخرى أقر المجلس تصرف الإدارة حين قامت بمنع تنظيم بعض الاحتفالات والمسيرات الدينية خشية حدوث بعض الإضطرابات ، كما حدث من قبل عند إجراء مسيرات دينية مماثله فى إحدى البلديات المتاخمة (١) .

ثالثاً : — مراعاة أهداف الضبط الإدارى

سبق البيان بأن الهدف من سلطات الضبط الإدارى هو حماية النظام العام بشعبة الثلاثة ، الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة . فإذا تجاوزت الإدارة هذا الغرض كانت قراراتها الضبطية غير مشروعة ، حقيق على المحكمة أن تقضى ببطلانها إذا عرض عليها نزاع يتعلق بذلك الإجراء ، ولو إتخذت الإدارة من المصلحة العامة عاصما لها ومبرراً ، طالما أن تلك المصلحة العامة لا تندرج تحت مفهوم النظام العام بمعناه السابق تحديده .

ويضرب الفقه لذلك مثلا بأن تصدر إدارة المرور قراراً يتعلق بتنظيم المرور فى مدينه ما يقيد من حركة المرور فى بعض الشوارع ، ومن ثم تقل المركبات التى تسير بها ، فيترتب على ذلك فى النهاية ألا يتحمل المجلس البلدى حينئذ مصاريف إضافية لإصلاح تلك الطرق وصيانتها . فمثل هذا القرار

(١) ثروت بدوى المرجع السابق ، ص ٢٨ .

قرار إدارى خاطىء لأنه يتجاوز الهدف المحدد للإدارة وهو النظام العام بفروعه الثلاثة ، وإن كان يحقق مصلحة عامة للإدارة تتمثل فى خفض مصروفاتها العامــة . .

ويذهب بعض الفقه إلى أن النظام العام الذى تحميه إجراءات الضبط يجب أن يكون ذا سمة مادية ، أى أن المخاطر التى تهدده تكون ذا مظهر مادى يهدد أمن الناس وصحتهم ويروع من سكينتهم . أما الآداب العامة والأخلاق والعقائد فهى أمور باطنية لاتتدرج صيانتها تحت مفهوم الضبط الإدارى . اللهم إلا حين يرتبط الأخلال بها بأفعال مادية ظاهرة تلحق ضرراً بالنظام العام بمفهومه المادى (١) .

وقد واكب القضاء الإدارى فى فرنسا حيناً من الدهر ذلك الإتجاه ، ثم عاد عنه منذ سنة ١٩٣٧ حيث استقرت أحكامه على أن القرارات الإدارية الخاصة بحظر عرض المطبوعات المنافية للآداب العامة أو بيعها فى الأسواق ، وتلك التى تقص الجرائم أو تروى حكاياتها بشكل مثير يغرس نزعة الشر والشراسة عند الشباب ، كل أولئك مما يدخل فى مجال الضبط الإدارى ويندرج تحت مفهومه . .

وقد باركت محكمة النقض الفرنسية بدورها ذلك الإتجاه ، فقضت فى عام ١٩٤٦ بإقرار الحكم المطعون فيه والذى إنتهى إلى صحة قرار أصدرته إحدى البلديات بحظر النساء من إرتداء ملابس الرجال والظهور بها فى المجتمع . (٢) وتعليل ذلك لا يخفى على ذوى الفطنة السليمة .

ولم يتردد القضاء الإدارى فى مصر عن السير فى هذا الإتجاه ، فقضت محكمة القضـــاء الإدارى فى أحد أحكامها بأن المدعى قد انتحى فى مؤلفه ناحية تخالف الدين وتعاليم أحكام الشرع ، بأن أورد فيه ما يحمل بذور الدعوة إلى الضلال والإلحاد جحوداً بالأديان السماوية . بتزيينه للإباحية فى النفوس . وهو والحالة هذه يكون مناهضاً للنظام العام(٣) .

---

(١) فؤاد العطار ، القانون الإدارى ، سنة ١٩٧٢ ، ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ .

(٢) طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص ٤٩١ .

(٣) مجموعة أحكام المحكمة فى خمس سنوات ، ص ٢٦٧ .

ولا ريب عندنا فى سلامة هذا الإتجاه وإتفاقه مع أهداف الضبط الإدارى . فكم شاهدنا على الشاشة الصغيرة والكبيرة من مسلسلات وأفلام ومسرحيات تؤثر على أخلاقيات الأطفال والشباب ، فتمتدح الرذيلة بطريقة مقنعه ، أو تهون فى النفوس من شأن القيم ، أو تهزأ برجال الدين بطريقة مستتره ، أو تعرض كيفية إرتكاب الجرائم وهذا كله إثمه أكثر من نفعه ، أو ضره أقرب من نفعه فهو من قبيل وضع السم فى الدسم ، ومن شأنه أن يدفع رويداً رويداً إلى الإخلال بالنظام العام بمفهومه الذى بيناه ، ومن ثم يأتى دور الضبط الإدارى فى وقاية المجتمع من تلك المفاسد والشرور ، فينعم أفراده بالأمن والسكينة والطمأنينة . وهو ما يؤدى فى النهاية إلى إصلاح المجتمع وتماسك بنيانه وقوة أفراده .

الفصل الثانى

المرفق العام (١)

المرفق العام والضبط الإدارى كما أسلفنا هما المظهران الرئيسيان لنشاط الإدارة العامة ، وقد سبق الإلماع إلى فكرة المرفق العام حين كنا نتحدث عن أساس القانون الإدارى وتحديد نطاق تطبيقه ، وفكرة المرفق العام وإن كانت قد إنتقدت كمعيار للقانون الإدارى إلا أن الفقه لا ينكر النفع الذى قدمته وأسدته مدرسة المرفق العام للقانون الإدارى ، فضلا عن أن كثيراً من نظريات هذا القانون قد شيدت على أساس فكرة المرفق العام .

ولذلك فإنه يكون من الطبيعى أن نعود إلى نظرية المرفق العام لبحثها على وجه أكثر تفصيلا .

وسنقسم دراستنا للمرفق العام إلى ما يلى : —

أولا : تعريف المرفق العام وبيان عناصرة .

ثانياً : إنشاء المرفق العام وإلغاؤه .

ثالثاً : طرق إدارة المرافق العامة .

رابعاً : المبادىء الضابطة لسير المرافق العامة .

خامساً : أنواع المرافق العامة .

المبحث الأول

تعريف المرفق العام وعناصره

(أ) تعريف المرفق العام :

إختلف الفقه حول تعريف المرفق العام وتشعبت الآراء ، ومع ذلك فهناك إتجاهين أساسيين فى هذا الصدد . الأول : يعرفه على أساس تلك

---

(١) انظر ثروت بدوى المرجع السابق ص ٣٤ وما بعدها ، الطماوى ، الوجيز فى القانون الإدارى سنة ١٩٨١ ص ٢٨٩ وما بعدها .

الجهة المنظمة لنشاط المرفق (المعيار الشكلى أو العضوى) . والثانى : معرفة طبيعة نشاط المرفق العام(١) . (وهو المعيار الموضوعى أى موضوع النشاط)

فوفقاً للإتجاه الأول (المعيار الشكلى أو العضوى) يقصد باصطلاح المرفق العام كل تنظيم تديره الإدارة (كجامعة صنعاء مثلا) بينما يعرف وفقاً للإتجاه الثانى (المعيار الموضوعى) بأنه نشاط يهدف إلى إشباع حاجات عامة (التعليم العالى ذاته بغض النظر عن الجهة التى تقوم به) .

ويرى بعض الفقه — وبحق — أنه يلزم للتعريف بالمرفق العام . الجمع بين المدلولين الشكلى والموضوعى فالمرفق العام هو مجموعة من العناصر التى تستمد بعضها من الرابطة التى تقوم بين المشروع والإدارة ، وبعضها من طبيعة النشاط الذى يضطلع به المشروع العام .

وعليه يمكن تعريف المرفق العام بأنه مشروع ذو نفع عام تقوم به جهة الإدارة وتهدف منه إلى إشباع حاجات عامة ، مستخدمة فى سبيل ذلك بعض إمتيازات السلطه العامة (٢) .

(ب) عناصر المرفق العام .

يستخلص من التعريف السابق أن عناصر المرفق العام تتركز فى عنصرين أساسين يكاد ينعقد إجماع الفقه عليهما وهما :

(أ) مصلحة عامة أو حاجات عامه يراد إشباعها .

(ب) الإرتباط بالإدارة .

---

(١) يرى الدكتور الطماوى أن المرفق العام بالمعنى الموضوعى أى بمعنى النشاط ، هو الذى يؤدى إلى تفهم أحكام مجلس الدولة الفرنسى الحديثة فى هذا الصدد ، وأن اصطلاح المرفق العام بمعنى المنظمة التى تقوم بإشباع الحاجات العامة يؤدى إلى اللبس .

الطماوى . المرجع السابق ، ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

(٢) تعريف مقارب لتعريف أستاذنا الدكتور ثروت بدوى المرجع السابق ص ٣٦ ، وقد ذكر بأن هذا التعريف لا يعتبر تصويراً للاتجاهات الفقهية ، إلا أنه يتفق مع بعض أحكام مجلس الدولة الحديثة . فلا يزال البعض يغلب المعيار الموضوعى بينما يركز آخرون على معيار امتيازات السلطة العامة .

العنصر الأول — المصلحة العامة (أو الحاجات العامة) :

يهدف المرفق العام إلى إشباع رغبة جماعية أو أداء خدمة عامه للأفراد على درجة من الأهمية لا يحسن تركها للنشاط الخاص يتولى أمرها .

فالمصلحة العامة هي هدف المرفق العام ، على عكس نشاط الأفراد الذى لا يهدف أصلا إلا تحقيق المصلحة العامة . فالإدارة تقوم بإنشاء المرافق العامة لأنها تقدر أن إشباع الحاجات العامة لا يتحقق بالصورة المأمولة إلا إذا تولت هي بنفسها تلك المهمة ، ويترتب على ذلك نتيجتين هامتين :

١ — إن المرفق العام لا يهدف أساساً إلى تحقيق الربح .

فمن أولى أسباب إنشاء الدولة للمرافق العامة أن الأفراد قد يرغبون أو يعزفون عن القيام بنشاط المرفق لأنه لا يدر عليهم الربح الذى يحفزهم على القيام به . وذلك يفسر لنا أن كثيراً من خدمات المرافق العامة تقدم بالمجان كخدمات الأمن والعلاج والتعليم وإنشاء الطرق .... الخ .

٢ — حيث لا يحقق نشاط الإدارة المصلحة العامة مباشرة . فلا تثبت للمشروع صفة المرفق العام . ولذلك لم يعترف القضاء لبعض المشروعات التى تتولاها الإدارة بصفة المرفق العام مع أنها مشروعات حكومية . لأنها لا تحقق المصلحة العامة بطريقة مباشرة كالدومين الخاص مثلا . وبعض شركات التأمين وبعض البنوك المؤممة أو المصانع الهامة كمصنع رينو للسيارات فى فرنسا .

العنصر الثانى — إرتباط المرفق العام بالإدارة :

فلا يكفى لثبوت صفة المرفق العام لمشروع ما أن يكون للدولة رقابة أو إشراف عليه فقط ، بل يشترط أيضاً وجود إرتباط بين المشروع والسلطة الإدارية . بمعنى أن الإدارة تكون هى المسئولة عن المشروع لكونه تابعاً لها .

ولذلك فإننا نجد من الناحية العملية أن كل مرفق يرتبط بأحد الأشخاص الإدارية ، فالمرافق القومية (كالجامعة مثلا) نجدها تتبع الدولة ، والمرافق

المحلية (كمرفق النقل الداخلى) نجده تابعاً لإحدى الوحدات الإدارية الإقليمية كالمحافظات (الألوية) أو المدن (القضوات) .

وهذا الإرتباط بين المرفق العام وإحدى الأشخاص الإدارية يوجد حتى ولو كان المرفق العام متمتعاً بالشخصية المعنويه ، إذ يظل الشخص الإدارى العام مسئولا عنه أمام الرأى العام ، وتثبت له عليه سلطة وصائية تمكنه من الرقابة على المرفق لضمان حسن أدائه للخدمات التى يقدمها للجمهور .

المبحث الثانى

إنشاء المرافق العامة وإلغاؤها

إختلف الفقه حول تحديد السلطة المختصة بإنشاء المرافق العامة ، هل هى السلطة التشريعية (البرلمان) أم السلطة التنفيذية ؟ ومبعث هذا الخلاف أن إنشاء المرفق العام يتضمن تطرق الإدارة إلى مجالات النشاط الفردى وتقييد بعض الحريات الفردية . (كتقييد حرية التجارة والصناعه) سواء تضمن إنشاء المرفق العام إحتكاراً من جانب الدولة أو لم يتضمن ذلك فإنه يستتبع حتما الافتئات على بعض حريات الأفراد أو فرض قيود وأعباء جديدة عليهم . لما يتضمنه نظام المرفق العام من إمتيازات إستثنائية وما يفرضه من إلتزامات وقيود على النشاط الفردى . يضاف إلى ذلك إنشاء أى مرفق عام يحتاج إلى إعتمادات مالية كبيرة لتشغيله وإدارته .

إزاء تلك الإعتبارات المتعددة يرى بعض الفقهاء فى فرنسا سيما بعد صدور دستور سنة ١٩٥٨ (ومنهم دى لوبادير الفقيه الكبير المعاصر) أنه لابد أن يستند إنشاء المرفق إلى قانون ، اللهم إلا إذا كان المرفق من النوع الذى لا يتضمن إعتداء على حرية من الحريات العامه [١] . بينما يرى آخرون (ومنهم فيدل وريفيرو وفالين) أنه لا يشترط صدور قانون بإنشاء المرفق العام ، وإنما يوكل ذلك إلى السلطة التنفيذيه ثم يستثنون بدورهم تلك المرافق

(١) دى لوبادير ، القانون الإدارى سنة ١٩٧٠ ، الجزء الأول نبذة ١٠٠٧ ص ٥٥٦ ، ٧٥٥ .

التى يتضمن إنشاؤها مساساً بالضمانات الأساسية لحريات العامة (كإنشاء إحتكار يقيد حرية التجارة والصناعة) أو الذى يتضمن تأميما ، أى نقل ملكية مشروع من نطاق ملكية الأفراد إلى ملكية الدولة ، ومثال التأميم تأميم بعض البنوك الأجنبية ، أو تأميم قناة السويس ، فيصبح المشروع المؤمم ملكاً للدولة ، بعد أن كان مملوكاً لشركات خاصة أو لبعض الأفراد .

وقد كان لهذا الخلاف صداه فى مصر أيضاً . إلا أن الدستور الأخير الصادر سنة ١٩٧١ قد حسم الأمر فنص فى المادة ١٦٤ على أن يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة .

وهكذا أصبح إنشاء المرافق العامة فى مصر يتم بقرار جمهورى يصدره رئيس الدولة ، وليس بقانون يصدر من السلطة التشريعية .

وفى الجمهورية العربية اليمنية حسم دستور سنة ١٩٧٠ . أيضاً تلك المشكلة فجعل إنشاء المرافق العامة بيد الحكومة دون البرلمان . فقد نصت الماده ١٠٦ من ذلك الدستور على أن من إختصاص الحكومة « ... إنشاء المصالح والمؤسسات العامة » .

ومع ذلك فإن كان إنشاء المرافق العامة فى مصر واليمن من إختصاص السلطة التنفيذيه وحدها ، (رئيس الجمهورية فى مصر . ورئيس الحكومة فى اليمن) إلا أن الأمر قد يستلزم صدور قانون من الهيئة التشريعية فى حالة ما إذا كان إنشاء المرفق يتضمن تعديلا للقوانين القائمة . لأن تعديل القانون لا يكون بأداة أقل منه (كقرار جمهورى مثلا) ، وإنما لابد أن يكون بقانون مثله .

مشكلة المرافق ذات الطابع المحلى التى تنشئها الأشخاص الإقليمية :

تبقى بعد ذلك مشكلة هامة تلك التى تتعلق بالمرافق المحلية التى تتبع بعض الأشخاص الإدارية الإقليمية ، كالمحافظات (الألوية) ومثالها بعض المرافق الاقتصادية أو المحلية كمرفق النقل الداخلى أو المستشفيات أو الجمعيات التى قد تنشئها إحدى المحافظات .

أما فى مصر فقد أورد قانون الإدارة المحلية الأخير رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ نصاً يتضمن أن المرافق الإقليمية أو البلدية تنشأ بمقتضى قرارات تصدرها المجالس المحلية المنتخبة للوحدات المحلية التى تقام فى دائرتها هذه المرافق .

بل إن القانون قد ينص أحياناً على إلزام المجالس المحلية بإنشاء مرافق عامه محليه ، وفى هذه الأحوال تكون تلك المجالس مجبرة على إنشاء تلك المرافق . والتى تسمى بالمرافق الإجبارية . وحينئذ يكون من حق الأفراد أن يطلبوا من (السلطة الوصائية) التى يرتبط بها المرفق الجديد إنشاء مثل هذا المرفق . وذلك إذا امتنعت المجالس المحلية أو تقاعست عن هذا الإنشاء ، فإن كان الإهمال منسوباً إلى الجهة الوصائية نفسها ، حق للأفراد الإلتجاء إلى القضاء لإجبار جهة الوصاية على إنشـــاء المرفق العام الذى نص على إنشائه .

الموقف فى التشريع اليمنى :

لم يتضمن قانون الإدارة المحلية الأخير رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٠ نصاً يبيح للمجالس المحلية الحق فى إنشاء المرافق المحلية ، وهى التى تشبع الحاجات العامة أو الخدمات العامة ذات الطابع المحلى .

ونرى إزاء هذا القصور فى التشريع أن يتدارك المشرع اليمنى ذلك الأمر ، فلا يجعل الهيئات الإداوية المحلية مغلولة الأيدى عن إنشاء هذه المرافق المحلية والتى قد ترى تلك الهيئات ضرورتها الملحة لإشباع الحاجات العامة ، سيما وأن الإتجاه الذى يسيطر على القانون هو الإتجاه الديمقراطى ، والذى من شأنه أن يتيح للشعب الإشتراك بنفسه فى إدارة الشئون المحلية ، وما يستتبع ذلك من أمور منها إنشاء المرافق المحلية .

إلغاء المرافق العامة :

قد يتقرر إلغاء المرافق العامة لأسباب كثيرة ، فقد ترى الجهة الإدارية المختصة أن الحاجات العامة التى أنشىء المرفق العام لإشباعها قد تلاشت أو

أضحت عديمة الأهمية ، أو يمكن أن يتولاها الأفراد دون خطر من ذلك أو لغير ذلك من الأسباب .

ويتم إلغاء المرفق العام بأداة مماثلة لأداة الإنشاء . فإذا كان المرفق العام قد أنشيء بقانون وجب أن يكون إلغاؤه بقانون مثله ، لا بأداة قانونية أقل من ذلك .

وإذا كان إنشاء المرفق قد تم بقرار جمهورى تحتم أن تكون أداة الإلغاء أيضاً بقرار جمهورى لا بقرار وزارى مثلا .

وبالنسبة للمرافق المحلية أو الإقليمية ، فالغاؤها يتم بمعرفة المجالس المحلية بقرار منها إن كانت هى وحدها التى أنشأت ذلك النوع من المرافق ، وكأصل عام فإن إلغاء المرافق العامة أمر متروك لتقدير الجهة المختصة ومن ثم فليس للمنتفعين بخدمات تلك المرافق أو العاملين فيها حق الإعتراض على الإلغاء ، بإدعائهم مثلا أن لهم حقوقاً مكتسبة تبرر الإبقاء على المرفق[١] .

المبحث الثالث

طرق إدارة المرافق العامة

تعددت طرق إدارة المرافق العامة تبعاً لإعتبارات كثيرة ، منها ما يمس كيان الدولة مباشرة (كمرفق الدفاع والبوليس) ، ومنها يتصل بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، ومنها ما يتصل بنوعية المرفق العام وإلى غير ذلك من الاعتبارات .

فالمرافق التى تمس كيان الدولة وتمس سلطتها تضطلع بها الدولة بنفسها (كمرفق الدفاع والشرطة والقضاء) ، والمرافق ذات الطابع الاقتصادى يمكن أن يتبع بشأنها أسلوب الإلتزام ، وهناك مرافق تدبرها الدولة بالاشتراك مع الأفراد وذلك هو أسلوب مشاطرة الاستغلال أو الاستغلال المختلط .

---

(١) الطماوى المرجع السابق ، ص ٢٩١ ، ويرى البعض عكس هذا الرأى ، وأن للمنتفعين بخدمات المرفق الطعن أمام القضاء فى إلغاء المرفق العام ، انظر : محمود حلمى وفؤاد النادى ، المرجع السابق ص ١٤٥ .

التأميم :

وهناك أسلوب آخر يدخله بعض الفقه من بين طرق إدارة المرافق العامة ألا وهو أسلوب التأميم ، والذى يقصد به كما أسلفنا إنتقال ملكية مشروع خاص من ملكية الأفراد إلى ملكية الدولة .

ونحن من جانبنا لا نساير هذا الإتجاه ، لأن التأميم فى جوهره لا يعنى سوى إنتقال ملكية المشروع إلى الدولة بعد أن كان ملكاً للأفراد ، والدولة بعد ذلك وشأنها فى طريقه إدارته ، والأسلوب الذى تراه أجدى من غيره فى تحقيق أغراض المرفق العام ، المهم أن التأميم لايمثل فى حد ذاته طريقة مستقلة متميزة من طرق إدارة المرافق العامة .

على أنه مهما كانت الطريقة المتبعة فى إدارة المرفق ، فإن رقابة الدولة عليه موجودة بصفة دائمة وإن إختلف مداها من مرفق إلى آخر ، وقد سبق لنا بيان ذلك عند الحديث عن عناصر المرفق العام .

وأهم الطرق المتبعة فى إدارة المرافق العامة تنحصر فيما يلى :

أولا : الإدارة بواسطة الشخص العام .

وهذه الصورة تنطوى بدورها على طريقتين :

(أ) طرية الإستغلال المباشر .

(ب) إسلوب المؤسسات والهيئات العامة .

ثانياً : الإدارة بواسطة الأفراد ، وهو ما يطلق عليه الالتزام .

ثالثاً : الإدارة المختلطة بواسطة الدولة والأفراد معاً .

وينبثق عن هذه الطريقة بدورها طريقتين :

(أ) الاستغلال المختلط .

(ب) الاستغلال غير المباشر (أو مشاطرة الاستغلال) .

وسنتكلم عن كل طريقة من هذه الطرق على حده..

المطلب الأول

الإستغلال المباشر (أو الريجى)

فى هذا الأسلوب تتولى الدولة (أو إحدى الوحدات الإدارية الإقليمية كالمحافظات مثلا) إدارة المرفق العام بأموالها وموظفيها مستخدمة فى ذلك أساليب القانون العام .

والمرافق العامة ذات الطابع الإدارى البحت هى التى يستخدم فيها هذا الأسلوب فى الوقت الحاضر (١) ، بالنظر إلى مساسها بكيان الدولة (الدفاع والأمن والقضاء) أو لأنها غير مربحة فلا يقبل عليها الأفراد ، أو ترى الدولة أن من الخطورة أن تترك الهيمنة عليها للأفراد (كمرفق التعليم) . وكثير من هذه المرافق ما يحتاج إلى جهاز إدارى ضخم واعتمادات مالية كثيره يعجز الأفراد عن توفيرها وتدبيرها ، فضلا عن أن تلك المرافق غالباً ما تستخدم وسائل السلطة العامة وأساليب القانون العام مما يحسن معه تركها لهيمنة الحكومة مباشرة .

وقد إتبعت طريقة الاستغلال المباشر فى إدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادى فاستخدمت فى بادىء الأمر فى إدارة السكك الحديدية ومرافق الاتصالات السلكية واللاسلكية ، كما تتبعها أيضاً بعض الأشخاص الإدارية الإقليمية فى إدارة بعض المشروعات التى تدر ربحاً لمواجهة نفقاتها المتزايدة ، أو لخفض أسعار بعض السلع منافسة للمشروعات الخاصة .

ولكن اتباع طريقة الاستغلال المباشر فى شأن المرافق الاقتصادية قد وجهت إليها المآخذ الآتية :

١ — تقيد المرفق العام بالقوانين واللوائح الحكومية والتى تجلب غالبا البيروقراطية فى الإدارة ، يعوق تقدم المشروع نظراً للقيود المالية والإدارية التى تفرضها تلك اللوائح والقوانين على حركته وحريته فى العمل .

---

(١) قديماً كانت بعض المرافق الإدارية البحتة تترك للأفراد ، فجباية الضرائب فى مصر كان يتولاها شخص يقال له الملتزم ، لقاء قيامه بدفع مبلغ إجمالى لحكومة ، وكانت شركات الاستعمار الكبرى كشركة الهند الشرقية تتولى إدارة جميع مرافق البلاد التى تحتلها .

٢ — يسيطر على موظفيه عادة الروح التى تهيمن على موظفى الحكومة بصفة عامة ومن ثم تحول بين موظفى المرفق والابتكار والتجديد وحيوية النشاط .

٣ — ارتباط المرفق بالميزانية العامة ، فإيراداته تضاف إلى إيرادات الدولة وليس بإمكانه أن يقتطع من الربح الذى يدره احتياطياً خاصاً يعطيه مرونة فى التصرف ، فيجعله أقدر على تحقيق أهدافه .

٤ — وأخيراً فإن المرفق ذو الطابع الاقتصادى سيكون عرضة للتأثر بالأهواء والتيارات السياسية ، سيما مع تعدد الأحزاب وصراعاتها ؛ فغالباً ما تنعكس شرورها على تلك المرافق .

المطلب الثانى

الموسسات أو الهيئات العامة(١)

المؤسسات أو الهيئات العامة عبارة عن مرافق عامة تديرها الدولة (أو إحدى الأشخاص الإدارية الإقليمية) بواسطة منظمة عامة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة .

فإزاء العيوب التى تحيط بنظام الاستغلال المباشر والذى سبق لنا بيانها ، اتجهت معظم الدول إلى الأخذ بأسلوب آخر يضمن للدولة إشرافها على المرفق العام ، مع الإقلال فى الوقت ذاته من حجم تدخلها ، وذلك بمنح المشروع العام قدراً كبيراً من الاستغلال يؤهله للعمل فى حرية واسعة ومرونة كبيرة لتحقيق أهدافه ، فكان هذا الأسلوب هو أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة .

(١) مع أن اصطلاح المؤسسة أو الهيئة العامة يستخدمان فى الفقه كمترادفين ، إلا أن الاصطلاحين قد استخدما فترة من الزمن فى التشريع المصرى بمدلول يخالف ذلك فى مفهوم القوانين ٦٠، ٦١ لسنة ١٩٦٣ . فالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالمؤسسات العامة كان يعطى هذا الوصف للمؤسسات ذات الطابع الإدارى ، وكلا النوعين المؤسسات والهيئات كانت له الشخصية المعنوية المستقلة .

وفى عام ١٩٧٥ ألغيت المؤسسات العامة بالقانون ١١١ لسنة ١٩٧٥ لكى يطلق الحرية لشركات القطاع العام فى العمل ، ومن ثم بقيت الهيئات العامة وحدها .

ونظراً للاستقلال الذى تتمتع به المرافق العامة فى ظل هذا النظام نتيجة منحها الشخصية المعنوية . فإن هذا الأسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة يعتبر نوعاً من اللامركزية الإدارية يطلق عليه الفقه اصطلاح « اللامركزية المرفقية » .

ويترتب على منح الشخصية المعنوية للمشروع النتائج الآتية : —

١ — تمتع المرفق بذمة مالية مستقلة تمكنه من إدارة شئونه على استقلال وتجعله بمنأى عن الارتباط بالمالية العامة والميزانية العامة للدولة ، فيكون له الفائض وعليه الديون .

٢ — يتحمل المسئولية عن جميع أفعاله تبعاً لثبوت أهلية التقاضى له .

٣ — يكون له الحق فى قبول الهبات والوصايا والاستحقاق فى الوقف .

٤ — موظفو المرفق يعتبرون من الموظفين العموميين ، غير أنهم قد يستقلون فى نظامهم القانونى عن نظام موظفى الدولة ، فتكون لهم أنظمة خاصة من شأنها حفز الموظفين على العمل بكفاءة خاصة .

أولا : تقدير هذا الأسلوب :

مزايـــاه :

١ — نظام المؤسسة العامة من شأنه التخفيف من الأعباء التى تثقل كاهل السلطة المركزية أو الجهات الرئاسية بصفة عامة ، نظراً لاستقلال تلك المؤسسات فى تصريف شئونها .

٢ — يتيح هذا الأسلوب للمرفق العام التحرر من الإجراءات التقليدية التى تنص عليها اللوائح الحكومية ، إذ يتبع المرفق أســـلوباً متحرراً يتسم بالمرونة وينأى به عن البيروقراطية .

٣ — تخصص المرفق العام بنشاط معين ينتج عنه حسن الأداء والإتقان وبالتالى تؤدى المؤسسات العامة واجبها على الوجه الأكمل .

٤ — هذا الأسلوب يشجع المواطنين على إيثار الهيئات العامة بهباتهم ووصاياهم ، لأنهم يستيقنون مع هذا الأسلوب أن أموالهم الموهوبة أو الموصى بها سترصد من أجل تحقيق الأغراض التى ينشدونها . فالشخص المعنوى يخضع لقيد التخصص أى تحقيق غرض معين لا يتعداه . ولذلك نلاحظ فى الحياة العملية أن كثيرا من الأفراد يتبرعون بأموالهم لأغراض التعليم والصحة والأوقاف لإقامة المدارس والمستشفيات والمساجد والملاجئ .

٥ — ينأى هذا الأسلوب بالمرفق العـــام عن التأثر بالأهواء والتقلبات والتيارات السياسية والحزبية . والتى غالباً ما نجدها تخيم على الإدارات الحكومية التقليدية .

إنتقـــاده :

ولكن لهذا الأسلوب أيضاً بعض المآخذ والتى توجز فيما يلى :

١ — منح الهيئات العامة قدراً كبيراً من الاستقلال قد يساء استخدامه .

٢ — وجود هيئات عامة عديدة تزاول كل منها نشاطاً متقارباً أو متشابهاً قد ينتج عنه ازدواج وتضارب ، يؤدى إلى إضاعة المال العام والأضرار بالمصلحة العامة .

ولذلك يمتدح الفقه ، ضرورة تنظيم الوصاية الإدارية على تلك الهيئات حتى يمكن التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة من ناحية ، واستقلال الهيئات من ناحية أخرى ، ولذلك تتقرر عادة بعض القيود التى تخضع لها المؤسسات العامة .

ثانياً : القيود التى تخضع لها المؤسسات العامة :

على الرغم من الاستقلال الممنوح للهيئات العامة وتمتعها بالشخصية المعنوية فهى تخضع لبعض القيود التى تفرض عليها ضماناً لتحقيق الغرض الذى أنشأت من أجله على أكمل وجه وتحقيقاً للصالح العام .

وتتمثل تلك القيود فى أمرين :

(أ) مراعاة مبدأ التخصص :

كل مرفق من المرافق العامة يحدد له فى أداة إنشائه الغرض أو الهدف الذى يسعى لتحقيقه .

فالجامعة مثلا باعتبارها مرفقاً عاماً ، هدفها إشباع حاجة طلاب العلم إلى المعارف الراقية . ومؤسسة الكهرباء هدفها إشباع الحاجات العامة المتمثلة فى تزويد الأفراد والمؤسسات بالطاقة الكهربائية . . . وهكذا بقية المرافق .

والتزام الغرض الذى من أجله أنشئ المرفق يعتبر أعمالا لمبدأ هام آخر وهو مبدأ تخصيص الأهداف والذى يسرى على كل أنواع المرافق العامة. إلا أنه يتجلى بصورة أوضح فى نطاق المؤسسات أو الهيئات العامة . وهذا القيد يبدو محدوداً بالنسبة للمرافق الإدارية . أما بالنسبة للمرافق الاقتصادية فسمته المرونة .

والقضاء الإدارى من جانبه قد أعطى لمبدأ التخصص معنى أكثر رحابة واتساعاً . إذ جوز للمرفق العام ذو الطابع الاقتصادى الذى تخصص فى إنتاج وصناعة أجهزة معينة (كالتلفزيون مثلا) ، أن يدير محلات لبيع هذه الأجهزة. ولكنه لم يذهب أبعد من ذلك فى تفسيره لمبدأ التخصص ، فقد حرم مثلا على مؤسسات الغاز والكهرباء أن تقوم بالاتجار فى الأجهزة والأدوات الخاصة بالغاز أو الكهرباء (١) .

(ب) الخضوع للرقابة الإدارية :

تمارس السلطات الإداريةالمختصة قدراً من الرقابة على المؤسسات العامة لضمان حسن قيامها بأنشطتها ، وسيرها فى مواكب الخطة العامة بكفاءة .

وتقرير هذه الرقابة على المؤسسات العامة من المشاكل القانونية الدقيقة، نظراً لأن تلك الرقابة كما أسلفنا تعمل على التوفيق بين اعتبارات متعارضة

---

(١) راجع مؤلف محمود حلمى وفؤاد النادى ، المرجع سالف الذكر ص ١٤٩ .

استقلال الهيئات العامة من ناحية وتبعية أوارتباط المشروع بالدولة من ناحية أخرى . فالمبدأ الأول يقرر تحرر الهيئات واستقلالها فى اتخاذ قراراتها بينما يفرض المبدأ الثانى ارتباط المرفق بالسياسة العامة للدولة ، بحيث يكون عنواناً على نجاح أو فشل تلك السياسة ، ناهيك عن النتائج الوخيمة التى تحيق بالاقتصاد القومى فى حالة إخفاق المرفق العام فى تحقيق أهدافه .

والرقابة (أو الوصاية) على المؤسسات العامة ليست على نمط واحد وإنما تتباين تلك الرقابة وفقاً لطبيعة كل مؤسسة ، ومدى حجمها وأهميتها بالنسبة للأفراد والمجتمع . فالرقابة على مرفق المياه مثلا على فرض استقلاله قد تكون أشد من الرقابة على إحدى المؤسسات العامة الأخرى التى تنتج بعض أنواع من السلع كالملبوسات . لاتصال مرفق المياه بحياة الأفراد وصحتهم فأهميته لا تخفى على أحد .

والرقابة بوجه عام على نوعين : إما رقابة سابقة وإما رقابة لاحقة ، أما الرقابة السابقة فمن صورها موافقة السلطة الإدارية الوصائية على مشروع ميزانية المؤسسة للسنة المقبلة ، أو قيامها بتعديل أهدافها كلها أو بعضها .

وأما الرقابة اللاحقة فمن صورها مثلا التصديق على بعض القرارات التى تتخذها الهيئة العامة واعتمادها قبل صيرورتها نافذة ، أو فى التعقيب عليها بالإلغاء أو التعديل مثلا .

والرقابة الإدارية قد تمارس أيضاً بالنسبة للأشخاص ، فكثيراً ما تهيمن الحكومة على تعيين مجالس إدارة المؤسسات العامة وتنحيتهم وتأديبهم إذا اقتضى الأمر .

ثالثاً — النظام القانونى للمؤسسات (أو الهيئات) العامة فى اليمن .

ينظم القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨١ حالياً أحكام المؤسسات (أو الهيئات) العامة فى الجمهورية العربية اليمنية . وبصدور هذا القانون ألغى القانون السابق عليه رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٥ الذى كان يتناول تنظيم المؤسسات العامة .

ونود أن نقرر أن المشرع حسناً فعل ، حين استحدث تسمية « المؤسسات

العامة » للتعبير عن المرافق العامة ذات الشخصية المعنوية المستقلة ، لأن هذا الاصطلاح هو الاصطلاح الدارج على صعيد الفقه والقضاء[١]. ونبين فيما يلى بإيجاز أهم الأحكام التى يقوم عليها القانون الأخير .

١ — إنشاء المؤسسة العامة وإلغاؤها

جعل المشرع إنشاء المؤسسة العامة فى اليمن من اختصاص الهيئة التشريعية وحدها . وهو فى ذلك قد تبنى الرأى الذى يعتنقه بعض الفقه والذى ظل معمولا به فى النظام الفرنسي حتى قبل صدور دستور سنة ١٩٥٨ ، والذى يذهب إلى ضرورة أن يكون إنشاء المرافق العامة بقانون أو بناء على قانون . ودليلهم فى ذلك أن المرفق العام باعتباره يقوم على إشباع الحاجات الهامة والملحة للأفراد قد يستخدم بعض وسائل القانون العام وهو يباشر أنشطته ، وقد تتعارض هذه الوسائل مع بعض حقوق الأفراد أو حرياتهم ، وبالتالى يكون الضمان الأكيد لحماية تلك الحقوق أو الحريات هو أن يعهد إلى المشرع وحده وهو الأمين على الحقوق والحريات العامة بإنشاء المرافق العامة ، حتى يكون تقييد حريات الأفراد بالقدر الضرورى الذى لا يجحف بهم .

وعلى هذا نصت المادة ٤ من قانون المؤسسات العامة«تنشأ المؤسسة العامة العامة بقانون . وتكون لها شخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة وصفة تعاقبية .. ولها أن تقاضى باسمها ويتضمن القرار الصادر بإنشاء المؤسسة البيانات الآتية :ـ

(أ) اسم المؤسسة ومركزها الرئيسى .
(ب) الأغراض التى أنشئت من أجلها ومجال نشاطها .
(جـ) السلطات المخولة لها لتحقيق أغراضها .
(د) رأس المـــال .
(هـ) الفرد الذى يرأس مجلس الإدارة ويشرف عليها .

كذلك جعل القانون إنهاء المؤسسة العامة بقانون ، وهى سياسة تشريعية سليمة ، لأن من المقرر فقهاً وقانوناً أن أداة الإنهاء يجب أن تكون مماثلة لإدارة الإنشاء فلا تقل عنها فى المرتبة بأى حال من الإلأحوال .

(١) فهو لم يفرق بين المؤسسات العامة والهيئات العامة .

فنصت المادة السادسة على أن المؤسسة العامة تحل أو تدمج (والدمج نوع من الضم يتضمن إنهاء قانونياً للمؤسسة المندمجة) فى مؤسسة أو مؤسسات أخرى . . . بقانون .

ولم يحدد المشرع كيفية حدوث الإلغاء أو الإدماج لمؤسسة عامة فى غيرها من المؤسسات العامة التى تمارس نشاطاً مشابهاً أو متقارباً ، ولم يوضح مصير أموال المؤسسة فى حالة إلغائها ولا مصير موظفيها .

ولذلك فإننا نهيب بالشارع اليمنى أن يتدارك ذلك السهو التشريعى .

٢ — إدارة المؤسسة العامة

يقوم على إدارة المؤسسة العامة طبقاً لقانون المؤسسات العامة مجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة على النحو التالى :

أولا : مجلس إدارة المؤسسة وإختصاصاته : يعتبر هذا المجلس هو السلطة العليا (م ١٩ - ٠١) ويتم تشكيله وفقاً للمادة ١٧ من رئيس مجلس الإدارة ونائب له ويصدر بتعيينهما قرار جمهورى . وكذلك من مدير عام للمؤسسة وعدد كاف من الأعضاء من ذوى الكفاءة والخبرة يمثلون الأجهزة العامة والجهات الخاصة أو المختلطة التى لها علاقة بنشاط المؤسسة . يتم ترشيحهم من الوزير المختص ولكنهم يعينون بقرار من رئيس مجلس الوزراء ، وهؤلاء الأعضاء لا يقل عددهم عن خمسة ولا يزيد عن تسعة بما فيهم رئيس مجلس الإدارة .

وهذا المجلس كما أسلفنا يعتبر هو السلطة العليا فى المؤسسة ، وله الصلاحيات التامة فى الإشراف ورسم السياسات واعتماد الخطط والبرامج الهادفة لتحقيق أغراض المؤسسة .

وقد فصلت الفقرة الثانية من المادة ١٩ السلطات التى يمارسها مجلس الإدارة وهى :

(أ) رسم سياسة المؤسسة وأهدافها وإعداد برامج الاستثمار والإنتاج والتسويق بما يحقق أغراضها على ضوء السياسة العامة للدولة .

(ب) البت فى العقود التى تجريها المؤسسة مع الغير ، بما فى ذلك القروض والتسهيلات الائتمانية وعقود البيع والشراء وكافة أنواع العقود الأخرى .

(ج) رسم السياسة اللازمة لسير الأعمال التنفيذية . وإعداد اللوائح الإدارية والمالية والعمالية المنظمة لها بما يتمشى مع الاحتياجات المطلوبة . والإمكانيات المتاحة وأحكام القوانين .

(د) وضع الخطط والبرامج التنفيذية سنوياً والتى تكفل تطوير وزيادة الإنتاج والرقابة على جودته .

(هـ) إعداد الدراسات وإصدار التوجيهات واقتراح مشاريع القرارات الخاصة بالموضوعات التى تتطلب إصدار قرار بها من الوزير و مجلس الوزراء .

(و) دراسة ما يرى الوزير أو رئيس المجلس عرضه من المسائل التى تتعلق بنشاط المؤسسة .

ثانياً : رئيس مجلس الإدارة :

مجلس الإدارة هو الذى يملك سلطة التقرير داخل المؤسسة ، أى اتخاذ القرارات اللازمة التى من شأنها تحقيق خطة المؤسسة وتنفيذ برامجها . أما رئيس مجلس الإدارة والذى يعين بقرار جمهورى فهو بمثابة سلطة التنفيذ بها (م ٢٨) . فضلا عن أنه يمثل المؤسسة أمام القض صلاتها بالجهات الإدارية ومع الغير (م ٢٧) .

وقد فصلت المادة ٢٨ اختصاصات رئيس مجلس الإدارة وهاك أهمها :

— تنفيذ كافة قرارات المجلس وإعداد التقارير ، وتنفيذ كافة المهام والمسئوليات التى تطلب منه ويكلفه بها الوزير أو المجلس .

— تعين المدراء وإنهاء خدماتهم وتحديد مرتباتهم . . . وفرض الجزاءات التأديبية عليهم .

— التوقيع على العقود والارتباطات نيابة عن المجلس . . .

ولرئيس مجلس الإدارة أن يفوض المدير العام أو أحد أعضاء مجلس الإدارة فى بعض اختصاصاته م ٢٧ .

هذا وقد أجاز القانون أن يكون الوزير الذى يتولى الإشراف على المؤسسة هو رئيس مجلس الإدارة . فقد ورد النص بما يلى :

« يتكون مجلس الإدارة من :

رئيس يكون متفرغاً أو غير متفرغ لعمله فى المؤسسة إذا كان الوزير المختص طبقاً لقانون إنشاء المؤسسة .

ونحن نرى أنه فى حالة ما إذا تولى الوزير رئاسة مجلس الإدارة فإن ذلك يتعارض مع دوره كجهة رقابية ، يأتى دورها متأخراً فيتولى تمحيص أعمال المؤسسة والرقابة والإشراف عليها . ومن ثم فهذه السياسة التشريعية غير سليمة قانوناً . ونرى تعديل هذا النص بحيث يمتنع تولى الوزير رئاسة مجلس إدارة المؤسسة ، وأن يكون ذلك مقصوراً على شخص آخر يصبح مسئولا أمامه ، وبذلك يسهل على الوزير ممارسة اختصاصه كجهة رقابية .

المؤسسة العامة مرفق عام ذو طابع إقتصادى أو إدارى .

ناط القانون بالمؤسسات العامة تحقيق بعض أوجه المصلحة العامة بإشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات المختلفة للأفراد فأوكل إليها إدارة واستغلال المرافق ذات الطابع الاقتصادى ، تجارية أو صناعية وكذلك المرافق ذات الطابع الإدارى البحت . وقد أجمل المشرع ذلك حين نص على أن « تتولى إدارة أو استغلال مرفق اقتصادى أو تجارى أو خدمى . . . » (١) (م ٣) .

٣ — القيود التى تخضع لها المؤسسة العامة .

تخضع المؤسسة العامة فى التشريع اليمنى للقيود العامة المقررة فى فقه القانون الإدارى بالنسبة للمرافق العامة ، وأهم تلك القيود قيدى التخصص والرقابة .

(أ) قيد التخصص :

سبق البيان بأن قانون المؤسسات العامة قد جعل من بين البيانات الجوهرية التى يتضمنها قانون الإنشاء ، تحديد الأغراض التى أنشئت المؤسسة العامة من أجل تحقيقها .

وعليه تلتزم المؤسسة العامة فى مباشرتها لنشاطها بتحقيق هذا الغرض الذى أنشئت من أجله ، وذلك يختلف من مؤسسة إلى أخرى . فالغرض من إنشاء المؤسسة ذات الطابع الاقتصادى (تجارية أو صناعية أو زراعية كانت) يختلف عن الغرض من إنشاء مؤسسة عامة يكون طابعها إدارى محض ، تتخصص فى تقديم الخدمات الإدارية للأفراد وهكذا .

(ب) قيد الرقابة أو الوصاية الإدارية :

عهد القانون إلى الوزير المختص بسلطة الإشراف والرقابة على المؤسسة العامة بصفة أصلية م ١٦ ، ومن مظاهر تلك السلطة أن يصدر الوزير إلى مجلس الإدارة توجيهات عامة أو تعليمات محددة فى أى أمر يتعلق بمصلحة المؤسسة .

ومن مظاهر ذلك أيضاً ممارسة المؤسسة العامة للسلطة اللائحية ، إذ جعل القانون ذلك مرهوناً بموافقة الوزير المختص ، فقد ورد النص كما يلى :

« للمؤسسة بموافقة الوزير . . . أن تصدر اللوائح التالية بما لا يخالف أحكام القوانين العامة والخاصة النافذة » (م ٣٥) .

التنظيم القانونى للمؤسسات العامة فى مصر

لقد مر التنظيم القانونى للمؤسسات فى مصر بتطور تشريعى كبير ، وكانت التسمية السائدة لتلك المرافق العامة ذات الشخصية المعنوية المستقلة حتى عام ١٩٦٣ على صعيد الفقه والقضاء والتشريع هى « المؤسسة العامة » .

وفى عام ١٩٦٣ قصر المشرع مدلول المؤسسة العامة على تلك المرافق ذات الطابع الاقتصادى ، وكان ذلك بمقتضى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ ، وجعل مدلول الهيئات العامة مقصوراً على المرافق ذات الطابع الإدارى التى تؤدى خدمات عامة (ق ٦١ لسنة ١٩٦٣) .

وفى عام ١٩٧٥ أصدر المشرع القانون رقم ١١ بإلغاء المؤسسات العامة وبالتالى فلم يبق إلا تعبير « الهيئات العامة » .

وعموماً فإن التنظيم القانونى للمؤسسات العامة فى مصر يتناوله الآن القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ ، والمعنون بقانون «الهيئات العامة» :وهو إلى حد كبير يتشابه فى أحكامه مع أحكام التشريع اليمنى سالف الذكر . ولا توجد بينهما إلا فروق بسيطة . منها مثلا إن إنشاء الهيئات العامة يتم بقرار جمهورى وليس بقانون : كما أن الوزير لا يرأس إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة . وإنما لكل منهما رئيس مستقل يشرف عليه فى النهاية الوزير الذى تتبعه تلك الهيئة العامة .

أمثلة للمؤسسات العامة فى اليمن

هناك أمثلة عديدة للهيئات التى تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة ويصدق عليها وصف المؤسسة العامة فمنها .

مؤسسة سبأ العامة للصحافة والأنباء فى الجمهورية العربية اليمنية (قرار مجلس القيادة بالقانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥) : هيئات التعاون الأهلى للتطوير (قرار بقانون ٣٥ لسنة ١٩٧٥) . المؤسسة العامة للإنشاء والتعمير (قرار بقانون ٤ لسنة ١٩٧٠) المؤسسة العامة للمياه والمجارى (قرار بقانون ١٣ لسنة ١٩٧٣) مؤسسة سرور الزراعية العامة (قرار رئيس القيادة ٧لسنة١٩٧٥ الهيئة العامة لتطوير تهامة (قرار جمهورى رقم ٢ لسنة ١٩٧٣) مصلحة السياحة والاصطياف (قرار جمهورى بقانون ٢ لسنة ١٩٧٠) .

والناظر فى تلك المؤسسات يلمح أن منها ما هو ذو طابع اقتصادى ومنها ما هو ذو طابع إدارى أو خدمى .

أمثلة للمؤسسات العامة فى مصر

توجد أمثلة كثيرة للمؤسسات العامة بالمعنى الفنى لذلك التعبير فى مصر ولكنها تحمل تسمية « الهيئات العامة »[١] . وقد قام الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى بجمعها فى مؤلفه القانون الإدارى لسنة ١٩٨١ ؛ فمن هذه الهيئات ما يلى : الهيئة العامة للتصنيع ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، الهيئة العامة لتنفيذ مجمع الحديد والصلب . وهذه الهيئات تتبع وزير الصناعة والبترول والثروة المعدنية ؛ والهيئة المصرية العامة للمساحة والهيئة المصرية العامة للصرف (وتتبع وزير الرى) . والهيئة العامة لجهاز تحسين الأراضى (وتتبع وزير الزراعة) والهيئة العامة للرقابة على الصادرات والواردات (وزير الاقتصاد) . والهيئة المصرية العامة للسلع التموينية (وزير التموين والتجارة الداخلية) . والهيئة المصرية العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية (وزير النقل والمواصلات) . وهيئة ميناء الإسكندرية (وزير النقل البحرى) والهيئة العامة للتخطيط العمرانى (وزير الإسكان والتشييد) . والهيئة العامة للكتاب . (وزير الثقافة والإعلام) . وهيئة قناة السويس (وتتبع رئيس مجلس الوزراء) .

المطلب الثالث

إلتزام (أو إمتياز) المرافق العامة

فى دراستنا لنظام الالتزام (أو الامتياز) نبدأ بتعريفه ثم نحاول تحديد طبيعته القانونية وأخيراً آثاره القانونية .

أولا : ماهيتـــه :

التزام المرافق العامة معناه أن تعهد الإدارة إلى فرد أو شركة بتشغيل مرفق عام واستغلاله لمدة معلومة . بعمال وأموال الملتزم وتحت مسئوليته فى مقابل تحصيل رسوم من المنتفعين[٢] .

---

(١) انظر ما سبق بشأن المؤسسات والهيئات العامة .

(٢) هذا التعريف يقارب تعريف الدكتور الطماوى ، المرجع سالف الذكر ص ٣١٩ .

ويمكن لنا أن نستخلص من هذا التعريف الملامح الأساسية لنظام الالتزام وهى :

١ — يتميز نظام الالتزام عن طرق إدارة المرافق العامة سالفة الذكر . بأن الإدارة لا تقوم بتشغيل المرفق العام بنفسها ، وإنما تعهد إلى فرد أو شركة به ، حيث يقدم الملتزم الأموال اللازمة وكذا الموظفين الذين يتولون تشغيل المرفق العام .

٢ — لا يؤدى المرفق خدماته بالمجان كما هو الشأن بالنسبة لأغلب المرافق الإدارية ، وإنما يحصل الملتزم على رسوم أو أثمان عن الخدمات والسلع التى يستفيد منها أو يحصل عليها الجمهور .

٣ — الالتزام يرد عادة على المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادى . إذ لا يتصور أن يعهد إلى فرد أو شركة بإدارة مرفق ذو طابع إدارى كالشرطة . لمساس ذلك بكيان الدولة . (١) .

٤ — يتم منح الالتزام إلى الفرد أو إلى الشركة بناء على عقد يعقد مع الإدارة لمدة محددة .

ومثال عقد الالتزام فى الجمهورية العربية اليمنية . الاتفاق المبرم بين اليمن وبين شركة البرق واللاسلكى البريطانية لإدارة وتشغيل شبكات المواصلات العالمية فى مدن الجمهورية لمدة عشر سنوات. (القانون رقم ٣٠ مكرر لسنة ١٩٧٩ بالموافقة على الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية العربية اليمنية وبين شركة البرق واللاسلكى البريطانية المحدودة) .

ثانياً : تقديــره : —

وإذا كنا بصدد التعريف بنظام الالتزام وبيان ماهيته ، فإنه مما يساعد على ذلك بيان مزاياه وعيوبه .

---

(١) سبق القول بأن بعض المرافق الإدارية كانت قديماً فى يد بعض الأفراد . كنظام جباية الضرائب فى مصر ، حيث كان أحد الأفراد أو أكثر يضطلع بذلك ، لقاء جعل معين يدفع للدولة .

مزايا الإلتزام

١ — يضمن نظام الالتزام حسن سير المرفق العام . لأن الملتزم وهو فرد أو شركة سيتحرر من اللوائح الحكومية بقيودها الثقيلة ، وينتهج أسلوب الإدارة المناسب للمرفق حتى يضمن تحقيق أقصى ربح للمشروع وتجنبه الخسارة التي يتحملها وحده . ومن ثم تتسم إدارته عادة بالحزم لتضمن إجادة العمل وحسن الأداء .

٢ — يخفف نظام الالتزام من الأعباء الملقاة على عاتق الإدارة . فيغنيها عن إدارة بعض المرافق الاقتصادية لتتفرغ لغيرها من المرافق الهامة الأخرى . وبالتالي يوفر للميزانية العامة النفقات اللازمة لإدارة المشروعات الأخرى .

٣ — يباعد نظام الالتزام بين المرفق العام والتيارات والأهواء الحزبية والتقلبات السياسية ، فلو أن الحكومة هي التي قامت بنفسها بتشغيل المرفق فإنها قد تغدق مثلا على العاملين من أجل الدعاية السياسية للحزب الحاكم مما يرهق ميزانية الدولة بغير مقابل ، أو قد تقوم بتشغيل عدد كبير من العمال لا حاجة للمرفق بهم ، كما أنه في حالة تبعية المرفق للحكومة قد ينجم عن ذلك تغيير في سياسة إدارته مع تغير الوزارة ، أو قد يزج بالمرفق وعماله في العواصف الانتخابية . وكل ذلك مما يتحاشاه نظام الالتزام .

عيوب الإلتزام

صوبت إلى نظام الالتزام مآخذ عديدة يمكن إيجازها فيما يلي : —

١ — يسعى الملتزم إلى تحقيق أقصى حد من الربح ولو كان على حساب المصلحة العامة ، وله في ذلك سبل شتى ، كرفع الأسعار أو الإقلال من كفاءة الخدمة . صحيح أن الإدارة لها حق التدخل ومراقبته ، ولكن الملتزم لن يعدم السبيل الذي يمكنه من التأثير على رجال الإدارة حتى يغضوا أبصارهم عن عيوبه ومثالبه .

٢ — تلجأ بعض شركات الالتزام الأجنبية إلى الاحتماء بدولها ، حتى لقد يصل الأمر إلى أن تصبح شركات الالتزام بمثابة حكومة أخرى داخل الدولة ،

تهدد بتدخل دول أجنبية . ويكفينا للدلالة على ذلك ما حدث فى مصر بالنسبة لشركة قناة السويس البحرية حين قامت مصر بتأميمها . إذ استغاثت الشركة بالدول الأجنبية وكان ما كان .

٣ — إن الالتزام قد يستمر لمدة طويلة ، ومن المعلوم أن الملتزم قد يمنح بعض امتيازات القانون العام وسلطاته مما ينال من سيادة الدولة على الأقل من الناحية الواقعية .

٤ — إذا حدثت ظروف طارئة أدت بالملتزم إلى الخسارة . فإن الغرم لا يقع عليه وحده ، فقد تسعفه نظرية الظروف الطارئة (وسيرد شرحها بعد ذلك) فيطالب بتعويضه بناء عليها .

وعموماً فإن الاتجاه الفقهى [١] يحبذ أسلوب الامتياز بالنسبة لإدارة للمرافق الاقتصادية القليلة الأهمية ، كمرفق النقل المحلى وتوريد الغاز أو النور . كما أن تطبيقات أسلوب الامتياز ، تتخذ مجالا أوسع فى استغلال مصادر الثروة الطبيعية وفى مقدمتها البترول .

ثالثاً : الطبيعة القانونية للالتزام

يمنح إلتزام المرافق العامة إلى الملتزم بناء على عقد يبرم بينه وبين جهة الإدارة ، ولكن الخلاف قد دب بين الفقهاء حول طبيعة هذا العقد .

وإليك الآراء التى قيل بها فى هذا الصدد :

الرأى الأول : الالتزام وليد أمر انفرادى .

سادت هذه النظرية لدى الفقه الألمانى فى أواخر القرن الماضى وكذلك فى الفقه الإيطالى ، وهى تذهب إلى أن الالتزام بإدارة مرفق عام يعتبر وليد أمر إنفرادى يصدر من الجهة الإدارية ويرضخ الملتزم لهذا الأمر حين يقبل شروط الإلتزام .

ومن حسنات هذا الرأى أنه يجعل الإدارة صاحبة حق فى التدخل لتعديل قواعد الالتزام كلما أرادت بل يقرر لها الحق فى إلغائه دون إعتداد برضاء

---

(١) الطماوى . المرجع السابق ، ص ٣٣٢ .

الملتزم ، إلا أنه يؤخذ عليه التطرف النسبي بسبب إغفاله للجانب التعاقدى فى الالتزام وإهداره كلية دور الملتزم فى هذا الصدد ، وهو ما قد ينجم عنه زعزعة وضع الملتزم والإجحاف به .

الرأى الثانى : الإلتزام عقـــد مدنى : —

ذهب رأى آخر إلى تكييف الالتزام بأنه عقد كسائر العقود المدنية ، ومن ثم تسرى عليه أحكام القانون المدنى .

وهذا الرأى غير سليم قانوناً لسببين : —

(ا) إن الملتزم بالمرفق العام يتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة . كفرض رسوم على المنتفعين بخدماته وشغل جزء من أموال الدومين العام . وهو ما لا يتوافر للمتعاقد فى العقود المدنية .

(ب) إن هذا الرأى يحرم الإدارة من حقها فى التدخل لتعديل شروط الإمتياز بعد إقرارها من الملتزم . مع أن المرافق العامه جميعاً تخضع لمبادىء قانونية هامة تحكم سيرها — سترد فيما بعد — ومنها قابلية المرفق العام للتعديل لمواكبة التطور الذى يطرأ على الإحتياجات العامة للأفراد .

الرأى الثالث : الإلتزام عمل قانونى مركب (نظرية ديجى) :

ذهب العميد ديجى فى تكييفه للالتزام إلى أنه عمل قانونى مركب يضم نوعين من النصوص :

(أ) نصوص تعاقدية : وهى التى تتعلق بصفة عامة بتنظيم الأعباء المالية المتبادلة بين الإدارة والملتزم ولا تتعلق بالمنتفعين بالمرفق .

ومثالا لهذه النصوص تلك البنود العقدية ، التى تنظم مدة الالتزام وكيفية إسترداد المرفق وتنفيذ الأشغال التى يقتضيها الالتزام .

(ب) نصوص تنظيمية أو لائحية : ومثالها البنود التى تتعلق بأصول تنظيم المرفق العام وتشغيله كتحديد شروط إنتفاع الجمهور بخدمات المرفق ، وتحديد رسوم الإنتفاع والإجراءات الكفيلة بحفظ سلامة المنتفعين . فهذه

النصوص يمتد أثرها إليهم دون أن تقتصر على علاقة الإدارة بالملتزم ، فهى نصوص تنظيمية أو لائحية .

ولكى يمكن التميز بسهولة بين هذين النوعين من النصوص ، فإنه من المقرر أن النصوص التعاقديه لا نكون موجودة لو افترضنا أن المرفق يدار بواسطة الإدارة نفسها .

أما النصوص اللائحية أو التنظيمية فهى النصوص التى توجد حتى ولو كان المرفق يدار بواسطة الإدارة ، فهى التى يستوى بخصوصها أن يكون المرفق مداراً بواسطة أحد الأفراد ، أو بواسطة الإدارة لأنها شروط عامة تتعلق بالمنتفعين . وهؤلاء حقوقهم ثابتة تجاه المرفق العام ولو كان يدار بواسطة الإدارة نفسها .

أما عن إتجاه القضاء فإنه صار يولى وجهه شطر النظرية الأخيرة . وقد لاح ذلك ابتداء فى أحكام المحاكم المختلطة (على سبيل المثال حكم محكمة الإسكندرية المختلطة فى ٢٩-١٢-١٩٢٨)[١] ثم سار مجلس الدولة بعد ذلك فى أحكامه وفتاويه على هذا النهج . وقد توج ذلك باعتناق المشرع لهـــذه النظريه ، إذ ورد فى المادة ٦٦٨ مدنى أن إلتزام المرافق العامة هو « عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية يكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركه يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينه من الزمن » .

كما أقر المشرع هذه النظرية أيضاً فى قانون التزامات المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، إذ قرر فى المادة الخامسة « « لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة .

رابعاً — آثار الإلتزام

يترتب على عقد التزام المرافق العامة حقوق والتزامات هامة بالنسبة لطرفى

(١) راجع عبد المجيد عبد الحفيظ ، مذكراته سالفة الذكر ص ٢٢٤

العقد وهما الإدارة والملتزم . ومن ناحية أخرى فإنه لما كان المرفق العام يشبع حاجات عامة ويقوم بخدمات أساسية لجمهور المنتفعين به ، فإنه يترتب على ذلك أن يكون لهم ثمة حقوق فى مواجهة الإدارة مانحة الالتزام وفى مواجهة الملتزم . وسنتناول تلك الحقوق والالتزامات بشىء من التفصيل ، مع ملاحظة أن حقوق كل من الطرفين الإدارة والملتزم هى فى ذات الوقت تمثل التزامات على عاتق الطرف الآخر منهما .

(أ) حقوق الإدارة :

أما عن الحقوق المقررة للسلطة الإدارية مانحة الالتزام فالأصل أنها حقوق مستمدة من طبيعة المرفق العام ، بمعنى أن ورودها فى عقد الالتزام (أو قانون إلتزامات المرافق العامة) لا يعتبر إنشاء لها ولكن بمثابة تنظيم لها فقط .

فهذه النصوص هى من طبيعة لائحية أو تنظيمية ، وبالتالى فإن السلطة الإدارية لا يجوز لها التنازل عنها كلياً أو جزئياً ، كما أن هذه الحقوق تثبت للإدارة حتى ولو خلا العقد من النص عليها .

والحقوق التى تتمتع بها الإدارة فى مواجهة الملتزم يوجزها الفقه فى ثلاثة أمور :

١ — الرقابة على إعداد المرفق وإدارته .

٢ — تعديل النصوص اللائحية بدون توقف على إدارة الملتزم .

٣ — إسترداد المرفق قبل إنتهاء المدة المتفق عليها .

١ — الرقابة على إعداد المرفق وإدارته

مقتضى هذا الحق أن يكون للجهة الإدارية مانحة الالتزام ، الإشراف على الملتزم أثناء تهيئة المرفق للاستغلال وبعد تشغيله أيضاً ، وأن تجبره على تنفيذ كافة البنود المتفق عليها فى وثيقة الالتزام ، ولها أيضاً أن تراقب المرفق من الناحية الفنية والإدارية والمالية . فإذا أخل الملتزم بذلك فإن للجهة الإدارية حق توقيع الجزاء المناسب عليه ، وإذا تبين للجهة الإدارية أن

المرفق لن يقوم بواجبه على النحو المطلوب ، ولن يؤدى خدماته للجمهور بالكفاءة المنشودة ، كان لها أن تلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم منه بفسخ العقد .

والغرض من تقرير هذه الرقابة هو ضمان حسن أداءة المرفق لمهامة وتقديم خدماته للأفراد على نحو يحقق الثقة المفترضة فى المرافق العامة ، بإعتبارها تقوم بخدمات أساسية وحيوية للجمهور لا يمكن الإستغناء عنها .

وفى سبيل تحقيق هذا الغرض فإن الإدارة لها أن تعين مندوبين عنها فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم . وهؤلاء المندوبين تكون مهمتهم هى دراسة كافة النواحى الفنية والإدارية والمالية وتقديم تقرير عنها للجهة الإدارية المختصة بالرقابة على المرفق . وعلى الملتزم أن يقدم العون اللازم لهم بمنحهم البيانات والمستندات والإحصاءات التى يطلبونها حتى تكون تقاريرهم مبينه على أسس متينه .

وننوه إلى أن الملتزم عليه أن يتولى إدارة المرفق العام بنفسه . فيحظر عليه التنازل لغيره عن الإدارة إلا إذا أذنت له الجهة الإدارية مانحة الالتزام . لأنه يراعى عادة فى منح الالتزام شخصية الملتزم وتوسم كفاءته وجدارته — دون غيره — فى تشغيل المرفق على نحو محمود .

وقد نص على هذا الحق فى القانون رقم ١٢٩ سنة ٤٧ المعدل بالقانون ١٥٨ سنة ٥٨ .

٢ — تعديل النصوص اللائحية فى العقـــد

سبق البيان أن عقد الالتزام يحتوى على نصوص من طبيعة تعاقدية ، وأخرى من طبيعة لائحيه ، والنصوص الأخيرة هى التى تتعلق بتنظيم سير المرفق العام وتشغيله .

فللإدارة الحق فى تعديل النصوص اللائحية للعقد فى أى وقت تشاء دون توقف على إرادة الملتزم ، وهذا حق أصولى تفرضه مبادىء القانون العام التى تقضى بضرورة مسايرة المرفق العام لحاجات العصر الجديدة والمستحدثة .

وعليه فإن الجهة الإدارية مانحة الالتزام يكون لها أن تعدل من نفسها أركان تنظيم المرفق وقواعد الاستغلال متى اقتضت ذلك المنفعة العامة فلها أن تعدل مثلا مجال تأدية الخدمات بزيادة نطاقها أو تحسين مستواها أو مواعيدها أو مقابلها .

فلو إفترضنا مثلا أن عقد الالتزام يتعلق بمرفق النقل الداخلى فى إحدى المدن الكبرى وينصب على نقل الأشخاص بواسطة الترام أو الأتوبيسات أو الحافلات العامه، فإن الجهة الإدارية المختصة لها أن تعدل فى وثيقة الالتزام بإنشاء خطوط جديدة ، أو تعديل مسار الخطوط القائمة بها تبعاً لظروف المدينة أو حركة المرور بها وإزدياد العمران فيها . كما يكون لها أن تطلب من الملتزم زيادة عدد السيارات أو العربات التى يجرى تشغيلها أو تطلب تعديل مواعيد سيرها وأسعارها بالزيادة أو النقصان . وعلى الملتزم بتشغيل المرفق العام وإدارته أن يرضخ لذلك كله . على أن تقرير هذا الحق للإدارة مقيد ومشروط بأن تكون ممارسته من أجل تحقيق المنفعة العامة ؛ وتيسير الحياة على المواطنين . وهو الغرض الذى من أجله تنشأ المرافق العامة . ومن ثم فإنه يمتنع على الإدارة أن تمارس هذا الحق لتحقيق أهداف أخرى أو أن تتعسف مع الملتزم بقصد إظهار عجزه عن القيام بأعباء المرفق .

ويجب على الملتزم أن يدير المرفق وفقاً للتعديلات المستحدثة التى ارتأت الإدارة إدخالها . حتى ولو كان ذلك لا يوافق مشيئته .

وإذا كانت تلك التعديلات من شأنها إرهاق الملتزم وزيادة الأعباء الملقاة على عاتقه . أو كانت تلحق به غبناً يترتب عليه الإخلال بالتوازن المالى للعقد ، حق له أن يطالب الإدارة بالتعويض على النحو الذى سيرد بعد . كما يكون له أن يطلب فسخ العقد .

وقد نص على هذا الحق فى مصر القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى مادته الخامسة .

٣ — إسترداد المرفق قبل إنتهاء المدة المتفق عليها

قد ترى السلطة الإدارية مانحة الالتزام أن إدارة المرفق العام عن طريق نظام الالتزام لم تعد تتفق مع ضرورات المصلحة العامة بصورة مرضية ، أو أن المرفق لم يعد مسايراً للتطور الذى طرأ على الحاجيات العامة والذوق العام ،ومن ثم يثبت لها الحق فى استرداد المرفق من الملتزم وتعويضه عن الضرر الذى يلحق به من جراء ذلك . وهذا الحق مسلم به فى فرنسا فقهاً وقضاء (١) . وللإدارة بعد استردادها للمرفق أن تسلك سبيلا آخر من أساليب إدارة المرفق العـــامة .

وقد أفتى مجلس الدولة فى مصر بمضمون ذلك فقرر بأنه إذا قامت جهة الإدارة مانحة الالتزام باسترداد المرفق العام من الملتزم ، فإنها تحل محله فى كل ما يتعلق بذلك المرفق خاصة بالنسبة لالتزاماته ،سيما تلك التى تصل بحقوق العمال(٢) .

وليس من حق الملتزم أن يحتج قبل الجهة الإدارية المستردة للمرفق بقاعدة القوة الملزمة للعقد والتى تقضى بتنفيذ العقد حتى نهاية مدته ، ولا بمبدأ الحقوق المكتسبة ، لأن حق الإدارة كما أسلفنا مستمد من أصول القانون العام . ويعتبر من بين النصوص اللائحية فى عقد الالتزام والتى لا يتوقف تعديلها على رضاء الملتزم ، فالمفروض أنه يعلم بذلك سلفاً أو يفترضه مقدماً .

وفى مصر نص على هذا الحق فى المادة ٤ من قانون التزامات المرافق العامة رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بقولها « تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداد المرفق قبل انتهاء مدته » .

(ب) حقوق الملتزم :

يقبل الملتزم على إدارة إحدى المرافق العامة وإستغلاله إبتغاء تحقيق

---

(١) الطماوى ، المرجع السابق طبعة سنة ٨١ ص ٣٢٦ .

(٢) فتوى الجهة العمومية فى ١٨ / ١١/ ١٩٦٤ ، لسنة ١٩ ص ١٢٨ .

الربح ، ولهذا فإن حقوقه الأساسية تنحصر فى الأمور التى تتصل بذلك الغرض وهى :

١ — اقتضائه مقابلا من المنتفعين بالمرفق لقاء الخدمات التى يؤديها لهم أو السلع التى يحصلون عليها .

٢ — الحصول على المزايا المالية الأخرى المتفق عليها مع الإدارة .

٣ — التوازن المالى للعقد .

وسنوضح كلا من هذه الحقوق على استقلال .

١ — اقتضاء مقابل الخدمة

مقابل الخدمة الذى يحصل عليه الملتزم من المنتفعين هو أهم الحقوق التى يخولها له عقد الالتزام ، لأنه يحقق له الحصول على الربح الذى ينشده ويعوضه عما ينفقه فى تشغيل المرفق . ومن أمثلة هذا المقابل الرسوم والأسعار التى يحصل عليها مثلا الملتزم بتوصيل التيار الكهربائى أو متعهد الخدمة التليفونية مثلا .

وقد إختلف الرأى حول طبيعة هذا المقابل وتحديده : فهل يندرج تحت طائفة النصوص التعاقدية فى عقد الالتزام ، ومن ثم فلا يجوز للإدارة تعديله بإرادتها المنفردة ، أم أنه يعتبر من النصوص اللائحية وبالتالى يجوز للإدارة تعديله دون توقف على إرادة الملتزم .

لقد ذهب الرأى أولا إلى أنه يعتبر من النصوص التعاقدية نظراً لأهميته البالغة بالنسبة للملتزم ، لأن المقابل هو سنده الرئيسى فى تغطية نفقاته وتحقيق الربح المنشود له .

ثم عدل الفقه والقضاء عن هذا الرأى وواكبهم فى ذلك التشريع إلى رأى آخر ، يرى أن الشروط المتعلقة بالمقابل هى من قبيل النصوص اللائحية ، فيجوز للإدارة أن تعدل قوائم الأسعار بإرادتها المنفردة زيادة أو نقصاناً .

وعليه فإن المنتفعين بخدمات المرفق الذى يدار بطريق الإلتزام يمكنهم الإستناد إلى تلك الشروط اللائحية المنصوص عليها فى العقد والخاصة بمقابل الخدمة ، توصلا إلى بطلان الشروط التى ربما يكونوا قد إتفقوا عليها مع

الملتزم باتفاقات فردية مستقلة تخالف شروط عقد الالتزام ذاته ، وسبيلهم هو اللجوء إلى القضاء للحكم بإلغاء الإتفاقات المخالفة للنصوص اللائحية .

٢ — الحصول على بعض المزايا المادية الأخرى :

قد يتضمن عقد الالتزام أحياناً مزايا مالية أخرى لصالح الملتزم تتعهد بها الإدارة نحوه ، ومن قبيل ذلك أن تقدم له بعض القروض أو الإعانات ، أو تتعهد بضمانه لدى أحد البنوك إذا أراد أن يقترض منها ، أو قد تتعهد بعدم منح أية تراخيص أخرى لأخرين باستغلال مشروع مماثل . وتلك كلها شروط تعاقديه لا تملك الجهة الإدارية أن تعدل منها بإرادتها .

وهناك أيضاً بعض التسهيلات التى تلتزم الإدارة بتقديمها له توطئة لاستغلال المرفق كاستصدار التراخيص اللازمة من الجهات الإدارية المختصة وهكذا .

وللملتزم أن يطالب بهذه التسهيلات ، ولو لم ترد فى نصوص العقد ، إذ أنه يتنافى مع طبيعة نظام الالتزام أن تضع الإدارة مانحة الالتزام عقبات من جانبها تعوق تنفيذ العقد ، وتؤدى إلى التباطؤ فى إنشاء المرفق العام وتشغيله .

٣ — التوازن المالى للعقد

الأصل العام أن كل إخلال من جانب الإدارة بالتوازن المالى لعقد الإلتزام الذى روعى عند إجرائه . تتحمله الإدارة .

وتعليل ذلك أنه لما كان من حق الجهة الإدارية مانحة الالتزام أن تتدخل بإرادتها المنفردة لتعديل شروط العقد دون إعتداد بإرادة الملتزم . (كتعديلها للأسعار أو ظروف أداء الخدمة) فقد يترتب على ذلك الإضرار به من أعباء مالية إضافية لم تراعى عند التعاقد ، من أجل ذلك يثبت له الحق فى الحصول على مقابل لتلك الأعباء الإضافية الجديدة .

وطبيعى أنه لا ينشأ الحق فى المطالبة بإعادة التوازن المالى المختل ، إذا كان هناك خطأ من جانب الملتزم ، كما لو أساء الإدارة مثلا ، وترتب على ذلك خسارة مالية لحقت به .

على أنه يشترط لإعادة التوازن المالى للعقد ، أن يستمر الملتزم فى أدائه للخدمة ، بمعنى أن يستمر فى تشغيل المرفق بإنتظام واطراد دون توقف اللهم إلا إذا طرأ حادث مفاجىء أو قوة قاهره . ومثال الحادث المفاجىء إضراب العاملين فى المرفق إضراباً لا يعزى إلى خطأ من قبله ، ولم يكن فى وسعه توقيه باستبدال آخرين يقومون مقامهم مثلا .

وسنرى عند دراستنا للعقود الإدارية أن هناك نظريتان تلعبان دوراً هاماً فى هذا الصدد وهما نظرية « فعل الأمير » ونظرية « الظروف الطارئة » .

النظرية الأولى تكفل تغطية المخاطر الإدارية التى ترجع إلى فعل السلطة العامة ويترتب عليها الإضرار بالمتعاقد معها . والثانية تتضمن جبر الضرر الناتج عن المخاطر الإقتصادية التى لا يكون للادارة دخل فيها وينجم عنها زيادة الأعباء المالية للمتعاقد .

واجبات الملتزم .

سبق البيان بأن الحقوق التى تتمتع بها الإدارة فى مواجهة الملتزم هى فى ذات الوقت التزامات عليه . بالإضافة إلى ذلك ، يلقى عقد الالتزام على عاتق الملتزم واجباً هاماً وهو سير العمل فى المرفق بانتظام وإطراد ، فلا يجوز له أن يعطل سير العمل بالمرفق فيمنعه من تأدية خدماته وإشباع الحاجات العامه دون مبرر . حتى ولو طرأت ظروف تجعل سير العمل مرهقاً له .

وعلى ماسنرى عند دراسة العقود الإدارية ، فإن القضاء فى تطبيقه لنظرية الظروف الطارئه والتى يعتصم بها المتعاقد مع الإدارة لمطالبتها بالتعويض ، يبحث إبتداء فيما إذا كان هذا المتعاقد قد استمر فى تنفيذ التزامه من جانبه وهو هنا تشغيل المرفق بانتظام وإطراد أم لا ، أللهم إلا إذا طرأت قوة قاهرة أو طرأ حادث مفاجىء لا دخل له فى حدوثه على نحو ما أسلفنا .

ومن أهم واجبات الملتزم كذلك أن يتولى بنفسه إدارة المرفق العام ، فهو الذى يقوم بأعباء إدارته ، وله الهيمنة عليه ، لأن إختيار الجهة الإدارية له لتشغيل المرفق معناه توافر إعتبارات خاصة فيه رشحته لتسيير المرفق العام

دون غيره . ولذلك فإن أى تنازل من جانبه إلى الغير يتعلق بإدارة المرفق جزاؤه البطلان .

(ح) حقوق المنتفعين

الغرض من إنشاء المرافق العامه هو تحقيق المصلحة العامة وإشباع الحاجات العامه للأفراد ، ولذلك فإن كثيراً من آثار عقد الالتزام تنصرف إلى جمهور المنتفعين بخدمات المرافق العامة .

وهؤلاء المنتفعين تثبت لهم حقوق قبل الإدارة مانحة الالتزام وكذا قبل الملتزم نفسه ، إستناداً إلى ما قد يبرم بينهم وبين الملتزم من عقود ، أو إستناداً إلى الشروط الواردة فى عقد الامتياز نفسه والتى تخولهم حقوقاً مباشرة دون أن يكونوا طرفا فى العقد .

١ — حقوق المنتفعين فى مواجهة الإدارة

سبق البيان بأن الإدارة تتمتع بسلطة الرقابة والإشراف على إعداد المرفق العام وتشغيله ، والغاية من تقرير هذه السلطة ضمان حسن سير المرفق العام تحقيقاً لمصلحة المنتفعين . ولكن هؤلاء الآخرين لا تربطهم برابطة مباشرة بالملتزم ومن ثم فلهم أن يطلبوا من الإدارة التدخل من جانبها لإجباره على إحترام شروط الإلتزام إذا أخل بها . ومثال هذا الإخلال مخالفته لمواعيد أداء الخدمة أو مكانها أو مخالفة الأسعار المعلن عنها أو تمييزه بين المنتفعين إخلالا بالمساواة بينهم .

فإذا تقاعست الإدارة عن التدخل وسمحت للملتزم بأن يخرق شروط العقد كان للأفراد أن يلجأوا إلى القضاء طاعنين فى قرار الإدارة الذى لم ينصفهم ولو كان ضمنيا بالامتناع عن الرد لمخالفته لقواعد القانون العام ، حتى ما إذا أصدر القضاء حكمه بإلغاء القرار الإدارى كان على الإدارة أن تتدخل مستغملة سلطاتها فى الإشراف والرقابة لتحقيق مطالب المنتفعين .

٢ ـ حقوق المنتفعين تجاه الملتزم

فى هذا الصدد يوجد فرضان : فقد يكون هناك عقد بين المنتفع والملتزم وقد لا يوجد هذا العقد .

فى الحالة الأولى : حيث يوجد عقد بين المنتفع والملتزم يتعهد الأخير بمقتضاه بأن يقدم خدماته للأول مقابل الرسم المقرر . فهنا يلتزم كلاهما باحترام أحكام هذا العقد كأى عقد عادى ، مع ملاحظة هامة وهو أن هذا العقد يجب ألا يخرج عن حدود عقد الإلتزام المبرم مع الإدارة لأنه يستند إليه أصلا .

وهذا الحكم قد أوردته المادة ٦٦٩ من القانون المدنى المصرى .

وفى الحالة الثانية : حيث لا يوجد عقد بين المنتفع والملتزم ، يجوز لكل من إستوفى شروط الإنتفاع بخدمات المرفق أن يطالب الملتزم وكذا الإدارة باحترام الشروط التى أوردها عقد الإلتزام لصالح المنتفعين .

ولكن يحق لنا أن نتساءل عن الأساس القانونى حينئذ لحق المنتفعين فى تنفيذ بنود عقد الإلتزام مع أنهم ليسوا طرفاً فيه .

إتجه الفقه فى بادىء الأمر إلى تأسيس هذا الحق على أساس تلك النظرية المعروفة فى القانون المدنى بنظرية الإشتراط لمصلحة الغير ، كما هو الحال فى عقد التأمين على الحياة والذى يبرم لمصلحة آخرين كأولاد المتعاقد الذين يستفيدون من العقد فى حالة موته .

فالسلطة العامة حين تتعاقد مع الملتزم إنما تجرى ذلك لصالح المنتفعين ، بيد أن هذه الفكرة قد إنتقدت بشدة لوجود بون شاسع بين ظروف المنتفعين بخدمات المرفق العام وأولئك المنتفعين فى حالة الإشتراط لمصلحة الغير ، منها أن المنتفعين فى حالة عقد الالتزام يستعصى تحديدهم سلفاً إن لم يكن مستحيلا ، فضلا عن أنهم يستطيعون مقاضاة الإدارة نفسها لا الملتزم وحده .

لذلك عدل الفقه والقضاء عن هذا الإتجاه ، وولى وجهه شطر أساس آخر مستمد من مبادىء القانون العام ، مفادة أن حق المنتفع قبل الملتزم إنما

يستمد من الطبيعة الإدارية لعقد الإلتزام . فمعظم نصوصه ذات طابع لائحي وبالتالى يمتد أثرها والحالة هذه إلى المنتفعين ولو لم يكونوا طرفاً فى العقد .

وعليه فإذا أخل الملتزم بمبدأ المساواة بين عملائه فى الخدمات التى يقدمها إليهم جاز لمن أصابه ضرر منهم أن يرفع الأمر إلى القضاء لوضع الأمور الأمور فى نصابها السليم . وللحصول على حكم بأحقيته فى الإنتفاع بخدمات المرفق على قدم المساواة مع الآخرين ، فضلا عن حقه فى التعويض إن كان له وجه .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٦٧٠ مدنى مصرى على ما يلى :

١ — « إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له إحتكاراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور .

٢ — ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيف الأجور أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن تتوافر فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ، ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح عملاءه ميزات يرفض منحها للآخرين .

٣ — وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة ، يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التميز من إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة » .

المطلب الرابع

الاستغلال غير المباشر (أو مشاطرة الإستغلال)

تتميز هذه الطريقة من طرق إدارة المرافق العامة بأنها تمثل حلا وسطاً بين إدارة المرفق العام بواسطة الدولة (الاستغلال المباشر أو الهيئة العامة) ، وبين إدارته بواسطة الملتزم .

فطريقة الاستغلال غير المباشر معناها أن تعهد الإدارة لفرد أو شركة

بإدارة إحدى المرافق الاقتصادية لقاء عوض مالى يحصل عليه من الإدارة المختصة .

ومثال ذلك أن تعهد الحكومة لشركة ما بإدارة مرفق البرق أو الهاتف أو المياه أو الكهرباء ، ولكن لحساب الدولة لا لحساب تلك الشركة .

فنى ظل هذا النظام تكون الجهة الإدارية هى صاحبة المرفق العام ، فهى تعده للاستغلال ، ولكن فرداً أو شركة يتولى الإدارة ويقوم بتحصيل مقابل الخدمة من المنتفعين لحساب الجهة الإدارية مالكة المرفق ، ولا يحول هذا الإسلوب أن يشارك الفرد أو الشركة المديرة فى تقديم بعض الأموال التى قد تلزم لإدارة المرفق .

ولقاء هذه الإدارة يحصل المتعاقد على مقابل لمجهوداته ، وهذا المقابل قد يكون مبلغاً معيناً من المال ، وقد تتضاف إليه نسبة من الأرباح أو الإيرادات المحصلة ، أو قد يكون المقابل حداً أدنى من الأرباح مضافاً إليه نسبة أخرى من الربح أو الإيراد ، أو قد يكون نسبة معينة من رأس المال تكون الشركة أو الفرد المسئول عن الإدارة قد ساهم به مع الجهة الإدارية صاحبة المشروع .

ونظراً إلى أن المرفق يكون ملكاً للجهة الإدارية ، فهى تتحمل وحدها كافة المخاطر الناشئة من عملية الاستغلال فكما يكون لها الغنم فإن عليها الغرم . ولذلك فإن المرافق التى تدار بطريق مشاطرة الإستغلال تكون الرقابة عليها رقابة كثيفة من قبل الجهة الإدارية أكثر منها فى حالة الالتزام .

وقد قيل فى مزايا هذا الأسلوب أنه يجنب المرفق مساوىء كلا من من طريقة الإدارة المباشرة والامتياز ، وفى الوقت نفسه يجمع بين مزاياهما ، لأنه يحول دون بطء الإجراءات وإرتفاع التكاليف كما يشرك الإدارة فى الحصول على الربح الناتج من المشروع .

على أن التجربة قد دلت على أن تلك الطريقة لم تحقق ما كان معقوداً عليها من آمال نظراً لكثرة تدخل الإدارة وما يتبع ذلك من زيادة التكاليف ، ولذلك فإن هذا النظام قد صار نادر التطبيق فى الوقت المعاصر ، وقد سبق

لمصر أن أخذت به بالنسبة لإدارة الإذاعة خلال الفترة من سنة ١٩٣٢ حتى سنة ١٩٤٧ .

المطلب الخامس

الأستغلال المختلط

(L'economie mixtd)

تتخذ هذه الطريقة من طرق إدارة المرافق العامة عادة صورة الشركة المساهمة ، فتقوم الدولة (أو أحد الأشخاص العامة) بالاكتتاب مع باقى المساهمين من الأفراد فى رأس المال . وهى طريقة حديثة نسبياً ، جدبت فى العمل من أجل تلافى عيوب نظام الإدارة المباشرة وأسلوب الامتياز التى أسلفنا فيها القول ، عن طريق اتباع المرفق العام لأسلوب الشركة المساهمة التجارية وبالتالى تطبيق وسائل القانون الخاص لتجنب البطء والتعقيد . كما أن الدولة تكون مشتركة فى الإدارة لاشتراكها فى رأس المال وبذلك يتجنب مساوئ الالتزام والذى ينصرف فيه الملتزم إلى تحقيق الربح فقط . فرقابة الدولة ليست قاصرة على الناحية الخارجية للمرفق بل وداخل مجلس الإدارة أيضاً ، ومن ثم يؤدى ذلك إلى تحقيق الصالح العام بنسبة كبيرة .

ويوجز الفقه الأركان التى يقوم عليها هذا النظام فيما يلى : (١)

١ — يتخذ هذا النظام صورة الشركة المساهمة العادية إحدى أنواع الشركات فى القانون التجارى ، فتكتتب فيها السلطة العامة بنسبة تزيد أو تنقص عن نصف رأس المال . وتكوينها وإدارتها يتم اجراؤه طبقاً لتشريع الشركات وذلك حتى تتحقق الحكمة من هذا النظام ، ولذلك فإن العمال لا يعتبرون موظفين عموميين .

٢ — على أن نظام الشركات المساهمة لا يطبق بكامله فى هذا المجال لأن الأمر يتعلق أصلا بإدارة مرفق عام ، فتتمتع الإدارة بحق الرقابة على المرفق بجانب حقوقها كمساهمة فى الشركة .

---

(١) الطماوى . المرجع السابق ، ص ٣٣٤ ، ص ٣٣٥ .

فالجمعية العمومية فى شركات الاقتصاد المختلط ولو أنها هى الهيئة الأساسية إلا أنها لا تملك تعيين كل أعضاء مجلس الإدارة ، وإنما تقوم الجهة الإدارية المساهمة فى تعيين بعض الأعضاء من جانبها وهؤلاء تكون لهم صفتين ، فهم بمثابة ممثلين للجهة الإدارية المساهمة باعتبارها شركة تسعى إلى الربح ، هم أيضاً حماة للمصلحة العامة يدافعون عنها ، وبالتالى فعلى عاتقهم مسئولية التوفيق بين المصلحتين مع تغليب المصلحة العامة عند التعارض ، لأننا بصدد إحدى المرافق العامة غايته النفع العام ابتداء لا مجرد تحقيق الربح فقط .

٣ — يتم إنشاء شركة الاقتصاد المختلط بقانون أو بناء على قانون .

فإنشاء هذه الشركة فيه خروج على القواعد الأساسية فى القانون التجارى ، من حيث منح الجهة الإدارية المساهمة سلطات واسعة لا يجيزها القانون التجارى للمساهمين فى شركات المساهمة ، سيما إذا كانت الإدارة لا تملك إلا قدراً أقل فى رأس المال .

وقد طبقت هذه الطريقة فى مصر بالنسبة لإنشاء بنك التسليف الزراعى وكذلك البنك الصناعى ، ثم توسعت فى تطبيقها غداة حركة التأميم فى أوائل الستينات .

وقد أخضع المشرع شركات الاقتصاد المختلط لرقابة الجهاز المركزى للمحاسبات والنيابة الإدارية . واصدر فى مصر القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ يتضمن تنظيما شاملا لأوضاع شركات الاقتصاد المختلط .

المبحث الرابع

المبادىء الضابطة لسير المرافق العامة(١)

(النظام القانونى)

هناك ثلاثة مبادئ عامة أصولية تحكم المرافق العامة جميعاً ، على الرغم من تعدد أنظمة المرافق العامة وتباين القواعد التى تحكم سيرها ، هذه المبادئ الرئيسية تكون ما يسمى بالنظام القانونى للمرافق العامة وهى : مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد . ومبدأ قابلية المرفق للتعديل والتغيير ، ثم مبدأ المساواة أمام المرافق العامة (٢) .

وتلكم المبادئ الثلاثة تنطبق على كل أنواع المرافق العامة ، أى سواء كان المرفق يدار بواسطة الإدارة أو بطريق الالتزام أو غيره من الطرق . وسنشرح كل مبدأ على حدة فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

سير المرفق العام بانتظام والمراد

يمثل المرفق العام أهمية بالغة فى حياة الجماعة فهو ينشأ لإشباع حاجات عامة ترى الدولة أن من واجبها إشباعها بانتظام ودون توقف مهما كان الثمن . فالخدمات التى يؤديها المرفق العام للجمهور هى خدمات ضرورية وملحة وأساسية لا يكاد يستغنى عنها ولو بصفة مؤقتة .

فتوقف المرفق عن أداء خدماته أو عدم سيره سيراً منتظماً ينجم عنه اختلال فى نظام المجتمع ، للارتباك الذى يصيبه نتيجة القصور فى إشباع الحاجات العامة . ولنا أن نتصور مثلا مدى الأضرار التى تنشأ عن انقطاع التيار

---

(١) ثروت بدوى القانون الإدارى — المجلد الثانى سنة ١٩٨٠ ص ٤ وما بعدها . سليمان الطماوى الوجيز فى القانون الإدارى سنة ١٩٨١ ص ٣٤٣ وما بعدها .

(٢) وهناو مبدأ رابع يقول بعض الفقه وهو مبدأ استبعاد هدف الربح من المرفق العام راجع د . طعيمة الجرف المرجع السابق ص٢١٥ وما بعدها، ولكن الشائع فى كتب القانون الإدارى هى المبادئ الثلاثة المذكورة فى المتن .

الكهربائى بالليل أو بالنهار ، وكذلك انقطاع المياه ، وكم يكون الضرر فادحاً حين يتوقف مرفق الأمن عن العمل وتقديم خدماته فى الحفاظ على النظام ووقاية المجتمع من الفوضى والاضطراب .

ومبدأ سير المرفق بانتظام وإطراد أصبح من أهم المبادئ الراسخة فى القانون العام ، وهو لا يحتاج إلى نص تشريعى يقرره ، وهو من المبادئ الهامة التى أرساها القضاء ، وإن كان المشرع أحياناً يشير إليه بصورة عارضة .

نتائج هذا المبدأ :

ولما كان هذا المبدأ من ابتداع القضاء ومن ثم فإن له تطبيقات عديدة وردت فى أحكامه بل ذاع صيتها .

وفيما يلى نعرض لأهم هذه التطبيقات والتى نجدها فى مجال العاملين بالمرفق العام والعقود الإدارية والأموال العامة .

أولا : فى مجال العاملين بالمرفق العام

ضماناً لسير المرفق العام بانتظام وإطراد تقررت مبادئ وأحكام عديدة بالنسبة للعاملين بالمرافق العامة . فى شأن إضرابهم عن العمل والاستقالة من الوظيفة العامة وأخيراً كانت نظرية الموظفين الفعليين .

١ — إضراب العاملين فى المرافق العامة :

الإضراب هو امتناع العاملين عن أداء عملهم بالمرفق العام لفترة مؤقتة دون التخلى عن وظائفهم ، احتجاجاً على أوضاع معينة أو أملا فى نيل مطلب محددة .

والإضراب على هذا النحو يشكل موقفاً خطيراً يهدد سير المرافق العامة ويلحق بالمجتمع ضرراً بليغاً لإخلاله بحاجاته الملحة ، فالمرافق العامة تحتكر عادة نوع الخدمات التى تحتاجها الجماعة كالتعليم والمياه والكهرباء ، لذلك فإننا نجـد الدول الرأسمالية بالرغم من أن الإضراب فيها يعتبر حقاً

للعامل يستخدمه كسلاح يشهره فى وجه القوى الرأسمالية المستغلة لصون حقوقه ، إلا أن تلك الدول تفرض القيود تلو القيود على استخدامه ، مهما تباينت أنظمتها ، تفادياً لحصول الإضراب فى المرافق العامة قدر الإمكان إنقاذاً لحياة الجماعة من الاضطراب والشلل .

أما فى الدول الاشتراكية فمعلوم أن الدولة وحدها هى رب العمل ، ومن ثم فلا محل لتقرير حق الإضراب كسلاح ضد الاستغلال ، لانتفاء وجه الاستغلال ولذلك فإن الدولة الشيوعية تحرم الإضراب تجريماً تاماً .

هذا وقد انتهى قضاء مجلس الدولة الفرنسى بشأن الإضراب (فى قضية « وينكل » فى ٧ - ٨ - ١٩٠٩) فى وقت لم يكن هناك نص يحرمه أن اعتبره من قبيل الأعمال غير المشروعة ، ونقضاً للالتزامات التى يلتزم بها العاملون والمستمدة من ضرورات سير المرفق العام بانتظام وإطراد . ثم أطردت أحكام مجلس الدولة فى تطبيقها لذلك المبدأ على جميع المرافق الإدارية والاقتصادية ، وذهبت إلى أن من حق الدولة استدعاء العمال المضربين للخدمة العسكرية أو إصدار أوامر بتكليفهم بالعمل (١) .

وقد صدرت عدة تشريعات تنظم حق الإضراب فى فرنسا كان آخرها القانون الصادر فى ٣١ يوليو ١٩٦٣ ، والذى قيد ممارسة الإضراب بقيود عديدة بل حرم بعض أشكاله ، ومن تلك القيود ضرورة الإخطار السابق بموعد الإضراب وساعته ومكانه . ودوافعه وأهدافه .

وهذه القيود قصد بها الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد .

٢ — تنظيم استقالة العاملين :

الاستقالة هى رغبة العامل أو الموظف فى ترك العمل بصفة نهائية ، صراحة أو ضمنا ، فالاستقالة الصريحة هى التى يتقدم بها العامل كتابة

---

(١) مشار إلى حكم وينكل وكذا أحكام أخرى فى مؤلف الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٥٠ ، ٥١ .

مفصحاً عن رغبته فى ترك العمل نهائياً . أما الاستقالة الضمنية فهى التى تستخلص من سلوك الموظف وانقطاعه عن العمل لمدة طويلة تعبر عن نيته فى هجر الوظيفة العامة .

والاستقالة قد تكون فردية تصدر عن عامل واحد ، وقد تكون جماعية تصدر من عدد من العاملين معاً فى وقت واحد وبإجراء واحد .

وتتميز الاستقالة بأنها عمل إرادى يصدر عن إرادة حرة من العامل بنية هجر الوظيفة العامة .

وتحقيقاً لمبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد استقر القضاء بعد فترة من الزمن على تنظيم قواعد الاستقالة بما يوفق بين مصلحة المرفق العام ، ومصلحة الموظف ، فكانت تلك القاعدة الأساسية التى تقرر أن الاستقالة لاتنتج أثرها إلا بقبولها . وقد انخرطت تلك القاعدة فى تشريعات العاملين المدنيين الدول المختلفة .

وقبول الاستقالة يصدر من الجهة المختصة والتى تتمتع بسلطة تقديرية كبيرة فى قبولها أو رفضها ، كما أن لها أن ترجئ قبولها ريثما تدبر الأمر . كما تملك أيضاً أن تحدد تاريخاً لاحقاً تبدأ منه الاستقالة .

وتكمن الخطورة كل الخطورة فى الاستقالة الجماعية وهى التى يتقدم بها عدد من الموظفين فى آن واحد ، لأنها تخل بسير المرفق العام على نحو يصيبه بحالة من الشلل ، ولذلك فإن الاستقالة الجماعية أمر يحرمه قانون العقوبات فى فرنسا ، كما أن التشريع المصرى يعاقب على الاستقالة الجماعية الضمنية ، حين تتخذ ستاراً لإخفاء حالة الإضراب ، ومن ثم ينطبق عليها وصف الإضراب فتعتبر جريمة معاقب عليها جنائياً .

٣ — نظرية الموظفين الفعليين (أو الواقعيين)

الموظف الفعلى أو الواقعى هو ذلك الفرد الذى يتولى مهام وظيفته عامة دون سند قانونى ، كما لو عين تعييناً معيباً أو لم يصدر بتعيينه قرار إطلاقاً .

والقواعد العامة تحتم بطلان كل الأعمال والتصرفات التى تصدر من

هذا الفرد لأنه لا ولاية له قانوناً بالعمل أو التصرف . أو لأنه يعد مغتصباً للاختصاص ، ولكن القضاء أقر بصحة التصرفات التى يجريها تأسيساً على أنه يعتبر حينئذ موظفاً واقعياً أو فعلياً . إعمالا لمبدأ دوام سير المرافق العامة .

ولكن ما هو الأساس القانونى الذى يبرر الاعتراف بأعمال الموظفين الفعليين وهم ولا صفة لهم قانوناً ؛ يفرق الفقه فى هذا الصدد بين الظروف العادية والظروف الاستثنائية .

فى الظروف العادية (فكرة الظاهر) :

قد يتعامل الجمهور مع أحد الأفراد على أنه من الموظفين العموميين على حين أنه لا يتمتع بهذه الصفة ، وهذا الاعتقاد الخاطئ قد يتولد لدى جمهور الأفراد عادة نتيجة الظروف التى تحملهم على التعامل معه بهذه الصفة غير الحقيقية ، ومن ثم فهم معزورون فى الإقدام على تعامل مع شخص يبدو لهم وكأنه الموظف المختص حقيقة . وأنه قد تقلد منصبه فعلا بطريقة قانونية لا شائبة فيها : وتصرفات ذلك الشخص حينئذ تعتبر صحيحة قانوناً بصرف بصرف النظر عما إذا كان حسن النية أو سيئها ، استثناء من الأصل العام . وحماية لمصالح الأفراد وحماية للأوضاع الظاهرة .

ومن حالات الموظف الفعلى أن يفوز أحد المرشحين فى الانتخابات لشغل إحدى المناصب العامة (كالعمودية) مثلا ثم يطعن بعد ذلك فى نتيجة الانتخابات ويقبل الطعن ، ومن ثم يصبح فوز هذا المرشح من قبيل الخطأ فيلغى تعيينه ، وهنا تكون التصرفات التى أجراها منذ إعلان فوزه (الباطل) حتى إلغاء قرار نتيجة الانتخابات تصرفات صحيحة قانوناً وفقاً لنظرية الموظف الفعلى .

ومن قبيل ذلك أيضاً حالة عرضت على القضاء قضى فيها بصحة السداد الذى تم لشخص كان جالساً فى المكان المخصص للتحصيل ، وكان الظاهر يوحى بأنه الموظف المختص فعلا بذلك . (١)

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢١ / ٧ / ١٩٧٦ مجموعة سيرى سنة ١٩٧٨ ، القسم الثانى ص ٣٣ .

كذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية بسلامة عقد الزواج الذى أجراه أحد معاونى العمدة دون أن تكون له صفة قانونية فى اجرائه . لأن الزوجين كانا حسنى النية . حينما توهما أنه الشخص المذكور هو صاحب الاختصاص بتوثيق عقد الزواج . [١]

فى الظروف الإستثنائية (فكرة الضرورة) :

فى ظل الظروف الاستثنائية تبرز أهمية نظرية الموظف الفعلى ، فتصرفاته تعتبر صحيحة قانوناً تأسيساً على مبدأ ضرورة سير المرفق العام سيراً منتظماً ؛ تلك الضرورة التى تفرضها الظروف الاستثنائية ؛ طالما كانت تلك الأعمال تهدف إلى ضمان سير المرفق العام وعدم توقفه . ومثال الظروف الاستثنائية حدوث غز أجنبى أو فيضان أو وقوع كوارث عامة تحتاج أقاليم الدولة كلها أو بعضها كالزلازل والبراكين . فقد تحدث حينئذ أن يفر الموظفون المختصون ويتصدى بعض الأفراد العاديين لأداء الخدمات التى يقوم بها المرفق العام . فيباشرون اختصاصات الموظفين الذين ولوا الأدبار أو اختفوا بسبب الظروف الاستثنائية . فتضفى حينئذ على تصرفاتهم طابع المشروعية .

وقد طبق القضاء فى فرنسا نظرية الموظفين الفعليين إبان الحرب العالمية الثانية من غداة احتلال الألمان لبعض الأقاليم الفرنسية ، إذ فر كثير من موظفى المجالس المحلية أمام قوات الغزو . فقام بعض المواطنين بتشكيل لجان اضطلعت بإدارة المرافق العامة ومدت المواطنين بالخدمات الضرورية . وقد قامت بعد ذلك منازعات عديدة بشأن سلامة تصرفات هؤلاء الأفراد ، وانتهى بشأنها مجلس الدولة إلى اضفاء صفة الشرعية عليها ، تأسيساً على نظرية الموظف الفعلى وفكرة الضرورة .

هذا وقد رفض القضاء أن يعترف بصفة الموظف الفعلى لبعض الأفراد لعدم وجود مبرر لتطبيق نظرية الموظف الفعلى . ومن ذلك ما قضت به

---

(١) حكم الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية ، فى ٧ / ٨ / ١٨٨٣ ، مجموعة دالوز سنة ١٨٨٤ القسم الأول ص ٥ .

مشار إليه فى ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٥٦ .

المحكمة الإدارية العليا فى مصر فى ٢٨ يونية سنة ١٩٦٤ من أنه لا توجد رابطة وظيفية بين المدعى وهو متطوع للتدريس بمعهد البحوث الإسلامية والجامع الأزهر ، . . . كما لا يجديه الاعتصام بنظرية الموظف الفعلى لأن هذه النظرية لا تنطبق إلا فى الأحوال الاستثنائية المحضة ، والتى تجعل الحاجة ماسة إلى الاستعانة بمن ينهضون لتسيير دولاب العمل فى بعض الوظائف ضماناً لانتظام المرافق العامة (١) .

ثانياً : فى مجال العقود الإدارية :

مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد يفرض على المتعاقد مع الإدارة التزاماً بتنفيذ ما تعهد به بعناية فائقة مهما كانت العقبات التى يصادفها ، لأن التقصير من جانبه فى تنفيذ العقد يلحق ضرراً بالمرفق العام ويؤدى إلى حرمان الجماعة من خدمات أساسية وضرورية هم فى حاجة ملحة إليها .

ومن أجل ذلك تتمتع الإدارة فى مواجهة المتعاقدين معها بسلطات واسعة أقر بها القضاء ، لضمان دوام سير المرفق العام ، منها حقها فى توقيع الجزاءات على المتعاقد الذى يخل بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الإدارى .

ومن الآثار التى ترتبت على هذا المبدأ أيضاً فى مجال العقود الإدارية إعمال نظرية الظروف الطارئة .

فالأصل العام بالنسبة للعقود المدنية أنه ينطبق عليها تلك القاعدة الأصولية التى تقرر أن «العقد شريعة المتعاقدين» ، فالمتعاقدان يلتزمان بتنفيذ العقد مهما طرأت ظروف تجعل الاستمرار فى تنفيذه مرهقاً لأحدهما .

فلو طبقنا هذه القاعدة فى مجال عقود الإدارة لأدى ذلك إلى إلحاق خسائر فادحة بالمتعاقدين معها وعجزهم أحياناً عن تنفيذ التزاماتهم . الأمر الذى ينجم عنه الإخلال بسير المرفق العام .

لذلك ابتدع القضاء نظرية « الظروف الطارئة » خروجاً على القاعدة

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة التاسعة ص ١٣٥٤ .

المذكورة « العقد شريعة المتعاقدين » بحيث يكون من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بالتعويض عن جانب كبير من خسائره التى سببتها الظروف الطارئة له والتى لم تكن معلومة أو متوقعة وقت إبرام العقد الإدارى . وبالتالى يمكنه الاستمرار فى تنفيذ التزاماته عدم توقف المرفق العام ، بل سيره سيراً منتظماً .

وسنعود لهذه النظرية عند الحديث عن العقود الإدارية فى الجزء الثانى من هذا المؤلف .

ثالثاً : فى مجال الأموال العامة :

يثور التساؤل عما إذا كان الحجز على أموال المرافق العامة وبيعها جائزاً ، وذلك فى حالة ما إذا أصبح المرفق مديناً للغير وامتنع عن سداد ديونه ؟ للإجابة على ذلك نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : بالنسبة للمرافق التى تدار بواسطة الدولة نفسها (الريجى ونظام المؤسسات أو الهيئات العامة) . فإنه لما كانت أموال هذه المرافق تعتبر تعتبر أموال عامة ومن ثم فلا صعوبة فى الأمر ، فمن من المقرر قانوناً أنه لا يجوز الحجز عليها كقاعدة عامة .

الحالة الثانية : حالة المرافق التى تدار بطريق الالتزام .

من المقرر أن أموال المرفق الذى يدار بطريق الالتزام (أو الامتياز) ولو أنها مملوكة ملكية خاصة ، إلا أنها فى نهاية مدة الالتزام تؤول إلى ملكية الدولة ، فخلال سريان فترة الالتزام يكون حق الملتزم ظاهراً عليها بدليل أنه يستطيع التصرف فيها ببيعها ، وبالتالى تبرز أهمية المشكلة موضوع البحث ، لقد أبت أحكام القضاء أن تقضى بصحة الحجز على أموال المرافق العامة حتى ولو كانت تدار بطريق الالتزام ، ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام وإطراد . (١)

---

(١) من ذلك على سبيل المثال حكم محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة فى ١٠ / ١١ / ١٩٥٤ . مشار إليه فى مؤلف الطماوى ، المرجع السابق ص ٣٥٥ .

على أن هذه الحماية التى تتقرر بالنسبة للأموال العامة لا توجد إلا حيث تتوافر الحكمة من ذلك ، وفى الحدود اللازمة لكفالة سير المرفق العام وعدم توقفه، فهناك بعض الأموال المخصصة للمرفق العام والتى يمكن توقيع الحجز عليها لأن مبدأ سير المرفق بانتظام وإطراد لن يتأثر والحالة هذه من الحجز .

وعليه فإنه إذا امتنع إيقاع الحجز على المنشآت الخاصة بالمرفق وأدواته لما فى ذلك من تعطيل لسير المرفق ، فإنه يجوز الحجز على ذلك القدر من الأموال السائلة والمودعة فى البنوك لحساب المرفق فى الحدود التى تسمح باستمرار سيره دون حدوث خلل أو اضطراب [١] .

وبالإضافة إلى الحماية المتقدمة ، توجد حماية من نوع آخر بالنسبة للأموال العامة دعا إلى تقريرها الحرص على المبدأ الذى نحن بصدده ، ألا وهى الحماية الجنائية حيث تغلظ العقوبة فى حالة الاعتداء على مال من الأموال العامة ، عن طريق التشريعات المتعددة التى تكفل تحقيق تلك الغاية .

المطلب الثانى

مبدأ المساواه أمام المرافق العامة

مبدأ المساواة أمام المرافق العامة هو امتداد لمبدأ دستورى شامخ وهو مبدأ المساواة أمام القانون . ومضمون مبدأ المساواة أمام المرافق العامة هو أن يتساوى الأفراد فيما بينهم فى الانتفاع بخدمات تلك المرافق ، لأنها تقوم بخدمات أساسية وملحة لهم . ومن أجل ذلك لا يجوز للقائمين على أمرهما أن يضعوا لهم شروطاً تميز بين المنتفعين بسبب اللغة أو الأصل أو الدين أو الجنس مثلا . فلا يتصور مثلا أن توضع شروط على استهلاك الأفراد للتيار الكهربائى تتعلق بالدين أو اللغة ، لأن شأن من ذلك إيجاد تفرقة بينهم دون سند من القانون .

وقد نص على مبدأ المساواة فى الدستور اليمنى ، فى المادة ١٩ والتى تقول « اليمنيون متساوون فى الحقوق والواجبات العامة » كما ورد فى المادة

---

(١) ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٦٩ .

٤٣ منه « لا يجوز للدولة أن تفرق فى الحقوق الإنسانية بسبب الدين أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الوطن أو المهنة . »

وتطبيق مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، لا يغل يد الإدارة فى أن تضع ضوابطاً للانتفاع بالخدمات لتحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق ذاته ، على أن تسرى هذه الضوابط والشروط على جميع المنتفعين .

فمن حق إدارة المرفق مثلا أن تشترط فيمن يحصل على خدماته توافر سن معينة أو مؤهلات خاصة أو دفع رسم معين ، ومن لا تتوافر فيه هذه الشروط يحرم من الانتفاع .

ولكن لا يجوز للإدارة حينئذ أن تميز بين الأفراد الذين تماثلت ظروفهم ، فتؤثر أحدهم بخدماتها وتحرم الآخر مع تساويهم فى الظروف .

فمرفق الجامعة مثلا يضع شروطاً للقبول فى الجامعة منها الحصول على مؤهل معين ومجموع معين ، فكل من حصل على المؤهل المطلوب والمجموع اللازم يكون من حقه أن يلتحق بالجامعة . ولا تستطيع إدارة الجامعة أن تقبل طالباً دون آخر وقد تماثلا فى المؤهل والمجموع . فذلك إن حدث يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة (١) .

وتطبيقاً لذلك حكم بأنه من واجب السلطة الإدارية أن تسوى بين المواطنين إذا اتحددت ظروفهم ، فيما أعطاها المشرع من سلطات فى تصريف شئونها ، فلا تعطى حقاً لفرد ثم تحرم منه غيره متى كانت ظروفهما متحدة ومماثلة (٢)

وعليه فإنه يمكن للمرفق إذن أن يغاير فى المعاملة بين المنتفعين بسبب اختلاف ظروفهم وعدم تشابهها ، فيجوز لمرفق الكهرباء أن يميز بين سعر توريد التيار الكهربائى للمنازل وسعره للمحلات التجارية والفنادق مثلا ، ولا يعتبر ذلك إخلالا بمبدأ المساواة لأن ظروف المستهلكين ليست متماثلة .

---

(١) وذلك على افتراض توافر الشروط الأخرى التى قد تشترطها الجامعة ، ومنها مثلا توافر اللياقة الصحية المناسبة .

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٨ / ٦ / ١٩٥٩ ، فى الدعوى ٥٠٨ لسنة ٥٢ .

وقد ترد بعض الاستثناءات على مبدأ المساواة، رعاية لمجموعة غير محددة بذاتها من المنتفعين ، وبشرط أن يكون الاستثناء منصوص عليه سلفاً .

ومن قبيل ذلك إعفاء الممتازين من الطلاب أو من أصابتهم الفاقة من دفع المصاريف الجامعية ، أو ما نجده فى بعض البلاد من منح ضباط الشرطة حق ركوب وسائل النقل العام بلا مقابل . أو تقرير بعض الامتيازات لطوائف معينة مراعاة لظروفها . كالمعوقين ومنكوبى الحرب وأولاد الشهداء .

كذلك فإنه من المقرر فى فقه القانون العام أن إعمال مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ليس من شأنه أن يسلب الإدارة سلطتها التقديرية ، فى أن تصطفى فرداً دون غيره من الذين استوفوا شروط الانتفاع فتخص أحدهم بخدماتها دون الآخرين ، ما دامت تستند فى ذلك إلى اعتبارات تتوخى المصلحة العامة .

ومن أهم الموضوعات التى يتطرق إليها البحث فى هذا الصدد موضوع المساواة بين المرأة والرجل فى تولى الوظائف العامة ، وخاصة مناصب القضاء والنيابة وبعض المناصب الإدارية كمنصب العمدة ومنصب الشيخ .

وقد أرسى القضاء فى هذا الصدد مبدأ قانونياً هاماً ، مضمونه أنه وإن كانت الإدارة مجبرة كأصل عام على أن تسوى بين الرجل والمرأة فى التعيين فى الوظائف العامة ، إلا أنها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة فى تحديد مدى صلاحية الإناث لشغل بعض الوظائف التى تكتنفها اعتبارات خاصة . فلها حرمانها من تولى بعضها . متى كانت تستهدف المصلحة العامة وكانت هذه الوظائف لا تتفق مع طبيعة المرأة وقدراتها ، أو يتعارض تقلدها لها مع التقاليد السائدة فى الجماعة الراسخة فى ضميرها . . ولكن حرمان المرأة من تولى أى وظيفة عامة يعد بجلاء متنافياً مع مبدأ المساواة . (١)

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى ١٩٥٣/١٢/٢٢ ، مجموعة أحكام السنة الثانية ص ٤٩٣ . وقد أيدته المحكمة الإدارية العليا ٣١/ ٣ / ١٩٦٣ — انظر مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا فى السنة ٨ ص ١٩٧٩ .

وحرمان المرأة من تولى بعض الوظائف لا يعتبر انتقاصاً من حقوقها ، وإنما شأنها فى ذلك شأن بعض الرجال الذين لا تتوافر فيهم شروط معينة تتطلبها بعض الوظائف ، وتتوافر لدى غيرهم من جنسهم ، كالوجاهة وحسن المظهر بالنسبة لموظفى الاستقبال ومذيعى التليفزيون ، وحدة البصر بالنسبة للوظائف العسكرية وغيرها .

وأخيراً فإن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة يلعب دوره أيضاً فى مجال العقود الإدارية ، فقد أدى هذا المبدأ إلى انتهاج الإدارة لأسلوب المناقصات والمزايدات العامة ، والذى تحتم إرساء المناقصة أو المزايدة على من يتقدم بأفضل عطاء من حيث السعر أو الجودة ، وتحقيقاً للمساواة بين المتعاملين مع الإدارة (١) .

وجزاء الإخلال بمبدأ المساواة هو حق الفرد المضرور فى الالتجاء إلى القضاء لإجبار الإدارة على الالتزام بحكم القانون وإجراء المساواة . وسبيل ذلك هو الطعن فى قرار الإدارة الذى تنكب جادة الصواب بطلب الحكم بإلغائه ، فضلا عن الحق فى طلب التعويض الجابر للضرر الذى يصيب الطاعن من جراء القرار الإدارى الخاطئ.

المطلب الثالث

مبدأ القابلية للتعديل فى أى وقت

قد يتراءى للإدارة بعد إنشاء المرفق وتشغيله إدخال بعض التعديلات على تنظيمه أو نشاطه تحقيقاً للمصلحة العامة ومسايرة للحاجات المتجددة والمتطورة لجمهور المنتفعين ، ومن ثم كان هذا المبدأ مبدأ القابلية للتغيير أو التعديل .

ودواعى هذا التغيير كثيرة ومتنوعة ، فالنسبة لطريقة الإدارة قد ترى السلطة الإدارية أن تعيد تنظيم المرفق بمنحه الشخصية المعنوية بدلا من اتباع أسلوب الإدارة المباشرة (الريجى) . وبالنسبة لمقابل الخدمة قد ترى زيادته أو

---

(١) ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٨٠ .

تخفيضه أو إلغائه بالكلية . وبالنسبة لشروط الانتفاع بالمرفق أو الالتحاق به قد ترى الإدارة أنه من الأوفق رفع سن التوظف ، أو اشتراط الحصول على مؤهلات أعلى بالنسبة لتولى المناصب الكبرى .

ومبدأ القابلية للتغيير هو مبدأ عام يسرى على أنواع المرافق كلها مهما اختلفت طرق إدارتها ، فإذا ارتأت الجهة المشرفة على المرفق الذى يدار بطريق الالتزام أن النظام المتفق عليه لم يعد مسايراً للحاجات العامة ، فلها أن تجبر الملتزم على انتهاج أسلوب جديد يساير تلك الحاجات ويكفل إشباعها على نحو أفضل ، ولو أدى ذلك إلى زيادة أعبائه المالية . فنى نظرية التوازن المالى للعقد ما يجبر الضرر الذى قد يناله من جراء هذا التغيير .

وهذه القاعدة تسرى فى مواجهة العاملين بالمرفق وفى مواجهة المنتفعين به : فلا يستطيع أى منهم أن يدعى أن هناك حقاً مكتسباً فى استمرار العمل بنظام معين يحول دون إجراء التعديل الجديد .

وتطبيقاً لما تقدم قضى برفض الدعوى التى أقامها أحد أولياء الأمور ضد الإدارة ، طالباً فيها الحكم بعدم الاعتداد بقرارها الذى خفض سن القبول فى أحد المعاهد التعليمية ، بحجة أن ابنته كان قبولها ممكناً فى المعهد المذكور وفقاً للنظام الأسبق أى قبل إجراء تخفيض سن القبول ، ولكن المحكمة قضت برفض دعواه تأسيساً على أنه لا يجوز للمدعى أن يعتصم بنظام إدارى سابق عدل عنه . بل إن لجهة الإدارة أن تجرى التعديلات التى ترى إدخالها على تنظيم المرفق فى الوقت الذى تشاء وحسبما تمليه عليها اعتبارات المصلحة العامة . (١)

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٠ / ١ / ١٩٥٦ مجموعة السنة العاشرة ص ١٣٨ .

المبحث الخامس

أنواع المرافق العامة

يجرى الفقه على تقسيم المرافق العامة إلى أنواع متعددة . فهناك تقسيم لها على أساس دائرة نشاط كل منها (المرافق القومية والمرافق الإقليمية أو المحلية أو البلدية) وتقسم على أساس طبيعة وموضوع نشاطها وخدماتها (المرافق الإدارية والاقتصادية والمهنية) وتقسيم يقوم على تمتعها بالشخصية المعنوية من عدمه . وأخيراً تقسيمها على أساس أن منها ما يكون إنشاؤه إجبارياً على السلطة العامة ومنها ما تتمتع بسلطة تقديرية فى إنشائه وفيما يلى بيان كل قسم منها على حدة .

أولا : المرافق القومية والمرافق الإقليمية

تتنوع المرافق العامة على أساس أهمية نشاطها ونطاق مزاولتها هذا النشاط . إلى مرافق عامة قومية ومرافق عامة إقليمية أو محلية أو بلدية .

فالمرافق العامة القومية هى التى يشمل نشاطها كل إقليم الدولة .ويستفيد منها جمهور المواطنين فيها أو أكبر عدد ممكن منهم ، ومثالها مرفق الدفاع (الجيش) والشرطة والطيران والمتاحف العامة والجامعة .

أما المرافق الإقليمية أو المحلية فهى التى يقتصر نشاطها على أبناء إقليم معين من أقاليم الدولة ، فيستفيد منها أفراد هذا الإقليم وحدهم (محافظة أو ناحية . قرية) ، ومن أمثلة هذه المرافق المحلية مشروعات النقل الداخلى والمستشفيات ومرافق المياه ومحطات توليد وتوزيع الكهرباء ، وبعض الجامعات التى يقتصر القبول فيها على سكان إقليم معين .

وهذا التميز بين نوعى المرافق لا يمنع من قيام الصلة بينهما ، فقد يدعى

(١) الطماوى ، المرجع السابق ص ٢٩٢ وما بعدها ، محمود حلمى وفؤاد النادى ، المرجع السابق ص ١٣٦ وما بعدها .

الموظفون أصحاب الخبرة فى المرافق العامة القومية بحكم الكفاءة المتوافرة لديهم ، إلى المعاونة بخبرتهم فى تشغيل بعض المرافق المحلية وهكذا .

وأهمية التفرقة بين نوعى المرفق تبدو بوجه خاص فى مجال المسئولية عن خطأ المرفق وموظفيه ، فإذا كان الخطأ وليد نشاط أحد المرافق القومية تصبح السلطة المركزية هى المسئولة عن تعويض الضرر الناتج عن ذلك .

وعلى العكس إذا كان الخطأ ناتجاً عن نشاط إحدى المرافق المحلية الإقليمية ، فإن الشخص الإدارى المحلى يكون وحده المسئول عن هذا الخطأ وتعويض من أصابه الضرر .

ثانياً : المرافق الإدارية والإقتصادية والمهنية

أساس هذا التقسيم هو اختلاف المرافق العامة فى طبيعة النشاط الذى تقوم به كل منها . فالمرافق العامة الإدارية هى التى تمارس نشاطاً يختلف تماماً عن نشاط الأفراد ، وتحتكره الدولة عادة فلا تسمح للأفراد بالقيام بنشاط مماثل ، كما أن طبيعة ذلك النشاط تجعل الأفراد يعزفون عنه عادة لأنه لايدر لهم لو مارسوه .

وأمثال هذه المرافق مرفق الدفاع والشرطة والعدالة والصحة والتعليم . وغيرها من المرافق التى تؤدى للأفراد خدمات ذات طبيعة إدارية بحتة .

وتخضع هذه المرافق لقواعد القانون العام بصفة أساسية لأنها تمارس نشاطها باتباع أساليب القانون العام وامتيازات السلطة العامة ، فلا مجال ها هنا لانطباق قواعد القانون الخاص إلا على سبيل الاستثناء إن وجدت مبرراته .

أما المرافق الاقتصادية فهى التى تمارس نشاطاً مماثلا لنشاط الأفراد ، فالمرفق العام الاقتصادى يعمل بجانب المشروع الفردى وكثيراً ما تنشأ المنافسة بينهما ، وهذه المرافق قد تكون ذا طابع تجارى أو صناعى أو مختلط .

وقد انتشرت هذه المرافق وتعددت في العصر الحديث بسبب تدخل الدولة في مجالات النشاط الفردى تحت وطأة النزعات الاشتراكية ، ومن أمثلة هذه المرافق مرافق النقل بالسيارات والطائرات وشركات التأمين والبنوك ومرافق المياه والغاز والكهرباء والسينما والمسرح والسلع الاستهلاكية ، وكذا المصانع المختلفة كمصانع السيارات والطائرات والأجهزة الإلكترونية . . . الخ .

وهذه المرافق مثل المرافق الإدارية تخضع للمبادئ الضابطة لسير المرافق العامة السابق بيانها ، ولكن ما يميز تلك المرافق عن المرافق الإدارية هو أنها تتحرر من أساليب الإدارة العادية ؛ وتتبع أساليب القانون الخاص والمشروعات الخاصة التي تنأى بها عن الروتين والبطء والتعقيد الذى ينسب إلى الإدارة الحكومية ؛ فيتسنى لها بالتالى تحقيق أغراضها التجارية أو الصناعية والصمود أمام منافسة المشروعات الخاصة .

وتثور بالنسبة لهذه المرافق مشكلتين هامتين :

الأولى : تتعلق بمعيار التميز بين هذه المرافق والمرافق الإدارية .

الثانية : تتعلق بكيفية تحديد ما يخضع من نشاطها للقانون العام . وما يخضع منه للقانون الخاص .

أما بالنسبة للمشكلة الأولى وهى كيفية التميز بينها وبين المرافق الإدارية ، فقد تشعبت الأراء وتباينت الاتجاهات على النحو التالى (١) :

فذهب البعض إلى أن معيار التفرقة يكمن فى أن المرافق الاقتصادية تحقق إيرادات وفيرة للحكومة ؛ على عكس المرافق الإدارية فغالباً ماتتحمل الخزانة العامة أكبر نفقاتها .

وذهب البعض على رأسهم الفقيه الفرنسى شفانون إلى أن معيار التفرقة يقوم وعلى أساس أن المرافق الاقتصادية تقوم عادة بنشاط مماثل لنشاط الأفراد والمشروعات الخاصة أما المرافق الإدارية فإن نشاطها لا يتطرق إلى ذلك .

---

(١) يراجع فى ذلك على وجه التفصيل ، الدكتور الطماوى ، المرجع السابق ص ٢٩٤ .

أما الاتجاه الحديث فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى فهو يؤسس على أن المرافق الاقتصادية تقوم على عنصرين : موضوعى وشخصى .

العنصر الموضوعى : وهو النظر إلى طبيعة النشاط المرفقى ، فالمرافق الاقتصادية نشاطها ينحصر فى المجالات الصناعية أو التجارية .

أما العنصر الشخصى يقوم على استظهار نية الإدارة .

فالمرافق الاقتصادية تقوم على أن نية الإدارة فى تسييرها هو اتباع نمط المشروعات الخاصة والفردية .

أما بالنسبة للمشكلة الثانية وهى كيفية تحديد النشاط المرفقى الذى يخضع للقانون العام وذلك الذى يخضع للقانون الخاص بالنسبة للمرافق الاقتصادية ، فإنه من المقرر فقهاً وقضاء أن هذه المرافق تخضع لمزيج من قواعد القانون العام ومزيج من قواعد القانون الخاص ، والاتجاه فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى يزيد من دائرة النشاط الذى يخضع للقانون الخاص ، وبالتالى تختص المحاكم العادية بنظر المنازعات الناشئة عنه . ويلاحظ أن هذه المرافق تهيمن عليها أيضاً المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة . وبالتالى فإن كافة المنازعات التى تثير تطبيق هذه المبادئ . تخضع بشأنها هذه المرافق لقواعد القانون العام .

المرافق النقابية أو المهنية : (أو النقابات المهنية) :

تضطلع هذه المرافق كما أسلفنا عندحديثنا عن المؤسسات المهنية ،بشئون مهنة من المهن ، فتعمل على تنظيمها والإشراف عليها بما يكفل تحقيق الخدمات المرجوة لأفرادها وإشباع بعض حاجاتهم العامة ، وأمثال هذه المرافق نقابات المحامين والأطباء والمحاسبين ونقابة المهندسين . . . الخ .

وهذا النوع من المرافق تتزايد أهميته يوماً بعد يوم ، ويهيمن على إدارتها عادة نقابة تتكون من أبناء المهنة أنفسهم ، يخولها المشرع قدراً كبيراً من سلطات القانون العام .

وتتميز هذه المرافق عموماً بالخصائص الآتية :

١ — أنها تتخذ شكلا نقابياً ويشرف على إدارتها مجالس منتخبة من أبناء المهنة العمالية .

٢ — ينضم إلى هذه النقابات كل من يمارس المهنة .

٣ — تقوم النقابة بوظيفة مزدوجة : فهى تعتبر ممثل المهنة لدى الدولة وغيرها من الهيئات العامة . ومن ناحية أخرى تهيمن على النظام الداخلى للمهنة وتشرف على أعضائها وتضع القواعد اللازمة المنظمة لممارسة تلك المهنة .

ولذلك فإن القانون يزودها بسلطة إصدار أوامر إلى أعضائها ويلتزم الأخيرين بالخضوع لها ، وتلك الأوامر قد تكون أوامر عامة تنظيمية أى لائحية . وقد تكون فردية موجهة إلى عضو معين . وهذه السلطة الآمرة هى التى تخضع النقابات لأحكام القانون العام فيما يتعلق باختصاصاتها وسلطتها تجاه أعضائها .

وقد أدى تخويل هذه المرافق نصيباً من سلطات القانون العام . إلى خضوعها بالتالى لقدر من الوصاية عليها من الدولة ، فضلا عن خضوعها للرقابة القضائية على أعمالها والتى يثبت فيها استخدامها لامتيازات القانون العام وأساليبه . كما لو أصدرت قرارات تأديبية ضد أحد أعضائها ، كحرمانه من ممارسة المهنة فترة من الزمن . أو شطب اسمه من جدول النقابة أو رفضها قيد أحد المرشحين لعضويتها .

وتطبيقاً لما تقدم فقد أصلت المحكمة الإدارية العليا تلك المبادئ فى حكمها الصادر بتاريخ ١٢ ـ ٤ ـ ١٩٥٨ حيث قالت :

« إن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة وهى مرافق عامة مما يدخل فى صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة . فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذه الأوامر لأعضاء المهنة أنفسهم

لأنهم أقدر عليه ، مع تخويلهم نصيباً من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها فى الإشراف والرقابة تحقيقاً للصالح العام ، فإن ذلك لا يغير من التكييف القانونى لهذه المهن بوصفها مرافق عامة . »(١) .

أما فيما يتعلق بالاختصاصات الأخرى لتلك النقابات فتخضع بشأنها أصلا للقانون الخاص . ومن قبيل ذلك بقيامها بإسداء معونة إلى أحد أفرادها ، وما يتعلق بكيفية استغلال أموال النقابة . . . الخ .

ثالثاً : المرفق ذات الشخصية المعنوية والمرافق التى لا تتمتع بالشخصية المعنوية

من المرافق العامة ما يتمتع بالشخصية المعنوية فيكون له حينئذ كيان واستقلال ذاتى ولو كان يخضع لقدر من الرقابة أو الوصاية الإدارية . وأمثال هذه المرافق القومية المرافق التى تهم الدولة بأسرها كمرفق البوليس أو الجيش أو السكك الحديدية . ومن المرافق العامة مالا يتمتع بالشخصية المعنوية ، فيلحق بأحد الأشخاص الإدارية ولا يكون له بالتالى شخصية مستقلة . ويقول الدكتور سليمان الطماوى إن أغلب المرافق العامة من هذا القبيل . ومثال هذه المرافق المرافق التابعة للوزارات أو المحافظات (الألوية) كمستشفى عام أو مشروعاً للنقل الداخلى بالسيارات أو مؤسسة تعاونية لتوزيع السلع الغذائية والاستهلاكية على الأفراد .

وتظهر أهمية هذه التفرقة بوجه خاص فى مجال المسئولية القانونية ، فالمرفق الذى تثبت له الشخصية المعنوية يصبح مسئولا مسئولية تامة عن تصرفاته وأفعاله . بينما المرفق الذى حرم من هذه الشخصية يسأل عن أفعاله وتصرفاته تلك الجهة الإدارية التى أنشأته ؛ كالمحافظة (اللواء) أو المدينة أو القرية أو الوزارة المختصة .

---

(١) مشار إليه فى الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ .

رابعاً : المرافق الإجبارية والمرافق الإختيارية

المرافق الإجبارية هى ذلك النوع من المرافق العامة الذى تلزم الإدارة بإنشائه سواء كانت الإدارة المركزية أو الإدارة اللامركزية (الهيئات والأشخاص اللامركزية) ، أما المرافق الاختيارية فهى التى يترك أمر إنشائها إلى مطلق تقدير الإدارة .

فكثيراً ما تلزم القوانين جهة إدارية معينة كإحدى الوزارات مثلا بإنشاء مرفق عام، كمرفق المجارى ومرفق المياه . فحينئذ يكون لامناص من إنشائها . فإذا تقاعس الوزير المختص عن ذلك كان من حق الأفراد أن يجبروا الجهة الإدارية المختصة على الإنشاء ، ووسيلتهم فى ذلك هى اللجوء إلى القضاء طاعنين فى قرار الجهة الإدارية الصادر منها بالامتناع عن إنشاء المرفق صراحة أو ضمناً .

وعادة ما تنص قوانين الحكم المحلى على إلزام الأشخاص الإدارية الإقليمية بإنشاء مرافق عامة ذات طابع محلى ، كالمستشفيات والمؤسسات الاجتماعية كمؤسسات إيواء العجزة والأيتام وكبار السن .

خامساً : المرافق بالمعنى العضوى والمرافق بالمعنى المادى

يطلق اصطلاح المرفق العام على الجهة أو المنظمة التى تباشر النشاط المرفقى كالجامعة مثلا ، كما يطلق على النشاط المرفقى ذاته (التعليم العالى مثلا) . وفى كلتا الحالتين نكون بصدد مرفق عام ، ولكنه فى الحالة الأولى يسمى بالمرفق العضوى وأما فى الحالة الثانية فنسميه بالمرفق العام المادى(١) . ويظهر أثر هذا التقسيم فى الحالات التى يعهد فيها بالنشاط المرفقى إلى إحدى الهيئات الخاصة أو أحد الأفراد ، فإذا عرض نزاع يتعلق بنشاط مرفقى يقوم به أحد الأفراد ، فإن النشاط المرفقى يعتبر حينئذ مرفقاً عاماً ويخضع بالتالى للنظام القانونى للمرافق العامة . أما تلك الهيئات الخاصة القائمة على المشروع فلاتعتبر مرفقاً عاماً ، وبالتالى لا يطبق عليها أحكام القانون العام .

---

(١) محمود حلمى وفؤاد النادى ، المرجع السابق ص ١٣٦ .

ومثال ذلك أن يثور نزاع بين مؤسسة تعليمية يديرها أحد الأفراد وبين أحد طلابها فيما يتعلق بالمسائل التعليمية ونظام التعليم ذاته . كما لو تعلق النزاع بشأن البرامج المقررة على الطلاب ، فالنزاع يعتبر متعلقا بمرفق عام بالمعنى المادى أو الموضوعى ، وبالتالى تنطبق عليه قواعد القانون العام ، ولو أن المؤسسة التعليمية ذاتها ليست من بين أشخاص القانون العام .

دكتور عاصم أحمد عجيلة

القسم الثاني
وسائل السلطة الإدارية

القرارات والعقود الإدارية - امتيازات الإدارة وأموالها
الموظفون العموميون)

مقـــدمة

١ — القانون الإدارى هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الذى ينظم العلاقة القانونية بين السلطات الإدارية مركزية أو لا مركزية فيما بينها وكذلك تلك العلاقات التى تنشأ بين السلطات الإدارية من ناحية أولى والأفراد المواطنين من ناحية ثانية . ولا شك فى أن العلاقة بين السلطات الإدارية والأفراد هى الجانب الأكثر أهمية وحيوية فى القانون الإدارى ، إذ أنه فى هذا الإطار تظهر السلطات الإدارية أو الإدارة باعتبارها سلطة عامة تمثل الدولة وتتمتع بهذه الصفة بامتيازات استثنائية لا يتمتع بها الأفراد فى علاقاتهم الخاصة فيما بينهم وفى إطار القانون الخاص . لأن هذا القانون الخاص ، بما يتفرع عنه من قانون مدنى وقانون تجارى ، يقوم على فكرة المساواة بين الأشخاص الخاضعين له وهم الأفراد وهيئاتهم الخاصة ، ولا يقبل هـــذا القانون الخاص وفروعه مبدأ تميز فرد أو هيئة خاصة مهما كانت عن فرد آخر أو هيئة خاصة أخرى . ففى نطاق القانون الخاص تظهر تلك المساواة فى الحقوق والواجبات التى تكلم عنها الدستور فى أقوى صورها . وإذا كان مبدأ المساواة بين المواطنين يظهر فى القانون العام أيضاً ، فإن الأمر يتعلق بمساواة بين الأفراد فيما بينهم كفريق واحد أو فى كفة واحدة فى مواجهة وإزاء الإدارة ، بمعنى أن الإدارة أو السلطات الإدارية لا تستطيع أن تفرق وتميز فى المعاملة بين أفراد ومواطنين يوجدون فى ظروف واقعية وقانونية متماثلة ، وألا تكون قد خالفت الدستور والمبادىء القانونية العامة . فالمساواة هى إذن دائماً « بين الأفراد » . لكن « لا مساواة » بين الأفراد من ناحية والإدارة من ناحية أخرى ، لأن علاقة الأفراد والإدارة تدخل فى القانون العام وبالذات فى القانون الإدارى وتبعد عن نطاق ومفاهيم القانون الخاص . والقانون العام وبالذات القانون الإدارى يمنح الإدارة أو أشخاص القانون العام سلطات وامتيازات لا تعطى للأفراد ، ومن ثم فالقاعدة العامة هنا هى عدم المساواة بين الإدارة والفرد .

٢ — ومن أمثلة تلك الامتيازات والسلطات المعطاة للإدارة فى مواجهة الأفراد ، امتياز اتخاذ قرار إدارى بالإرادة المنفردة للإدارة يغير مراكز الأفراد دون رضائهم ، وهو ما لا يتحقق فى القانون الخاص فى علاقات الأفراد الخاصة . ومن أمثلة تلك القرارات المنفردة التى تغير من مراكز الأفراد قرار برفض رخصة من الرخص مثلا ، كرفض رخصة لفتح محل تجارى أو رفض رخصة بالبناء ، ومثل قرار تأديبى يجازى موظفاً بالخصم من راتبه لمدة معينة أو بحرمانه من علاوة أو ترقية ، ومثل قرار بفصل موظف بالطريق التأديبى أو بغير الطريق التأديبى بمقتضى قرار جمهورى لأحد الأسباب التى حددها القانون . والقانون الخاص لا يعترف فى نطاقه لفرد أو هيئة خاصة بحق إصدار قرار ملزم بالإرادة المنفردة لفرد آخر دون رضاء مسبق من هذا الفرد . لهذا كان العقد القائم على فكرة التراضى ومبدأ المساواة بين الأطراف هو الأسلوب العادى للالتزام فى القانون الخاص .

وإذا كان يجوز مثلا لرب العمل فى منشأة أو شركة إصدار أوامر ملزمة للعمال ، فإن هناك رضاء مسبقاً من هؤلاء العمال يتضمن قبولهم السابق لتنظيمات ولوائح العمل طبقاً لعقد العمل الذى وقعوه عند بدء اشتغالهم ومن ثم فحتى فى هذا المثال التراضى متحقق بطريقة مسبقة . ولسنا أمام قرار صادر بالإرادة المنفردة بالمعنى الدقيق مثلما هو الحال فى القرارات الإدارية التى تصدرها السلطات الإدارية فى حق الأفراد دون تحقق أى رضاء من جانبهم .

ومن امتيازات الإدارة الهامة أيضاً . امتياز التنفيذ الجبرى للقرارات الإدارية فى حالات معينة . تنفيذ جبرى أى تنفيذ هذه القرارات دون حاجة لسبق الالتجاء إلى القضاء وإصدار حكم ملزم للفرد بالتنفيذ . هذا فى حين أن الأفراد فى القانون الخاص ، مهما كانت حقوقهم ثابتة ومؤكدة بمستندات ودلائل قاطعة ، فهم لا يستطيعون اقتضاء حقوقهم بالقوة إذا ما نازعهم فيها أفراد آخرون مثلهم مهما كانت إدعاءات هؤلاء الآخرين واهية ومهما كان وجه اعتدائهم وغضبهم . فلابد من الالتجاء إلى القضاء ليفصل فى النزاع ويحكم لصاحب الحق بحكم واجب النفاذ .

ومن امتيازات الإدارة كذلك ، امتياز نزع ملكية عقارات يملكها الأفراد لغرض من أغراض المنفعة العامة . أو الاستيلاء على تلك العقارات بصفة مؤقتة للنفع العام ، وبالطبع فى مقابل تعويض عادل . ولكن ليس من الممكن أو المتصور أن يقوم فرد بذلك فى مواجهة فرد آخر فى نطاق القانون الخاص لأن القانون يمنع تعدى الأفراد بأية صورة على حق أو ملك لفرد آخر.

كذلك للإدارة أو السلطة الإدارية امتيازات استثنائية يمنحها لها القانون الإدارى فى علاقاتها التعاقدية مع الأفراد ، فى أى عقد إدارى كعقد اشغال عامة أو عقد توريد أو التزام مرفق عام . ومن هذه الامتيازات حقها فى تعديل شروط العقد وفى توقيع جزاءات على المتعاقد معها بل وحقها فى إنهاء العقد قبل مدته الطبيعية ، كل ذلك بإرادة الإدارة وحدها ودون قبول من المتعاقد معها بالطبع . مثل هذه الامتيازات لا يعترف بها القانون الخاص بالنسبة للعقود الخاصة المدنية والتجارية ، لأن فكرة المساواة التى يقوم عليها القانون الخاص تمنع من الاعتراف بهذه الامتيازات لمتعاقد على متعاقد آخر كلاهما من الأفراد المتساوين فى المراكز القانونية وفى الحقوق والواجبات .

٣ — هذه أمثلة لأهم امتيازات الإدارة أو السلطات الإدارية فى علاقاتها مع الأفراد . ولنتساءل إذن لماذا يعترف القانون الإدارى للسلطات الإدارية بمثل تلك الامتيازات ، ولماذا لا تتساوى هذه السلطات الإدارية مع الأفراد ؟؟

ان الإجابة على هذا التساؤل يجب أن نبحث عنها من خلال وظائف السلطات الإدارية ودورها فى المجتمع . أن السلطات الإدارية ، أو السلطة الإدارية إذا تكلمنا بلفظ المفرد ، عليها التزام عام فى المجتمع هو السهر على تنفيذ القوانين بهدف تحقيق المصالح العامة الجوهرية التى ابتغاها المشرع أو السلطة التشريعية عندما قامت باقرار هذه القوانين. ومن هنا جاء تعبير السلطة التنفيذية ، فهى تنفيذية لأن عليها واجب أو التزام عام هو تنفيذ القوانين وشروطها ونصوصها ، والسلطة التنفيذية تجمع تحت لوائها ما نسميه بالسلطات الإدارية ، فهى متفرعة عن السلطة التنفيذية .

ولكن ما هو معنى تعبير تنفيذ القوانين ؟ يتفق الفقه على أن هذا التعبير يجب أن يفهم بمعنى واسع بحيث يشمل وظيفتين أساسيتين للسلطة التنفيذية وما يتفرع عنها من السلطات الإدارية . الوظيفة الأولى هي الحفاظ على النظام العام بمشتملاته الثلاثة وهي السهر على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة . والوظيفة الأخرى هي القيام بإنشاء إدارة المرافق العامة الأساسية واللازمة لحياة اجتماعية سليمة ، والمرافق العامة تعنى الحاجات العامة الجوهرية لعموم الأفراد مثل مرفق الدفاع الوطني ومرافق التعليم بأنواعه وإقامة العدالة والقضاء طبقاً للقانون ومرافق البريد والاتصالات ، وعدد هام من المرافق الصناعية والتجارية والاقتصادية كتوريد المياه والنور والغاز .

هنا نجد التبرير والتفسير بل والضرورة لمنح السلطات الإدارية إمتيازات استثنائية تجعلها في مركز أقوى من الأفراد . إن السلطات الإدارية عليها واجبات ووظائف عامة لتحقيق المصالح العامة التي لا يسأل عنها الأفراد . أن الإدارة عليها واجب الحفاظ على النظام العام بمحتوياته وليس فقط الأمن العام ، وعليها أيضاً واجب لا يقل خطورة وهو إلتزامها بإدارة المرافق العامة الأساسية بهدف خدمة المصلحة العامة لعموم الأفراد .والسلطات الإدارية لن تستطيع الوفاء بهاتين الوظيفتين الجوهريتين إن لم تتمتع بامتيازات استثنائية لا يتمتع بها الأفراد ، وذلك كله بهدف تحقيق هاتين الوظيفتين والمصالح العامة المرتبطة بهما .

فنشاط السلطة الإدارية عند أدائها لوظيفة المحافظة على النظام العام ووظيفة إدارة المرافق العامة ، هذا النشاط بصورتيه نظراً لما يستهدفه من مصالح عامة يقتضى تميز الإدارة بسلطات وامتيازات لا توجد في القانون الخاص بالنسبة للأفراد فيما بينهم ، وهذا مفهوم ومبرر .

٤ — ولكن ما يجب أن نلفت النظر إليه ، هو ما يلى : حقيقة أهم ما يميز القانون الإدارى هو ذلك التمايز وتلك التفرقة بين الأشخاص الخاضعين لأحكامة الإدارة من ناحية والأفراد من ناحية أخرى ، وتمتع الإدارة (أو السلطات الإدارية) بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد فلا تحقق

المساواة بين الطرفين بحال ، وسبق بيان تفسير أو أسباب ذلك . غير ان قواعد القانون الإدارى ليست فقط كلها مجرد امتيازات لصالح أو مصلحة الإدارة ، لو توقف القانون الإدارى عند هذا الحد لأضحى قانوناً ضــد الحريات وضد حماية حقوق الأفراد ولاضحى بالتالى مخالفاً للدستور ومبادئه . فما يجب ألا ننساه هو أن القانون الإدارى إلى جانب هذه الامتيازات وتلك السلطات التى هى لمصلحة الإدارة تحقيقاً للنفع العام ، يشتمل أيضاً على قيود والتزامات تقابل الامتيازات والسلطات . لأنه إذا وجد قانون كله حقوق وامتيازات لما استحق هذا الوصف والاعتبار ، لأن الحق والامتياز يجب أن يقابله دائماً الالتزام والواجب . والقيود والالتزامات التى يفرضها القانون الإدارى على الإدارة أو السلطات الإدارية تتجمع كلها تحت واجب والتزام عام يتضمنها جميعاً ، هو خضوع الإدارة لقواعد المشروعية أو التزامها باحترام سيادة القانون . والمشروعية أو سيادة القانون تعنى التزام الإدارة فى أعمالها وقراراتها وتصرفاتها بما تفرضه قواعد القانون . والقانون هنا يجب أن نفهمه بالمعنى الواسع الذى لا يشمل فقط أحكام وقواعد التشريعات العادية ، بل يشمل كل قاعدة قانونية عامة ومجردة تلتزم باحترامها الإدارة . ومن ثم التزام الإدارة باحترام المشروعية أو سيادة القانون يتضمن التزامها باحترام الدستور أولا باعتباره القانون الأساسى والأعلى ، واحترام ما تفرضه القوانين أو التشريعات العادية ، وكذلك ما يفرضه القضاء الإدارى أو مجلس الدولة من مبادىء قانونية عامة يلزم الإدارة باحترامها حتى بدون نص خاص فى التشريع ، وأخيراً تلتزم الإدارة باللوائح الإدارية التى وضعها هى والتى تصدر عن قيادات السلطة التنفيذية ، بحيث تلتزم باحترام اللوائح وما تتضمنه من قواعد عامة عند اتخاذ القرارات الفردية التطبيقية .

ومن ثم حيثما توجد قاعدة ترسم للإدارة حدود تصرفاتها فى أى شأن من الشئون ، أياكان مصدر هذه القاعدة القانونية ، على الإدارة احترام تلك القاعدة فى قراراتها وأعمالها وعند استعمالها لامتيازاتها . وجزاء مخالفة الإدارة لقواعد القانون وما تتضمنه من قيود وشروط هو بطلان العمــل

الإدارى والتعويض عنه فى حالة حدوث ضرر للأفراد . وأهم تطبيق لهذا البطلان للعمل الإدارى هو إلغاء مجلس الدولة (أو القضاء الإدارى) للقرارات الإدارية المخالفة للقواعد القانونية مما يعنى إعدام هذا القرار واعتباره كأن لم يكن ، والتزام الإدارة بتصحيح موقفها على ضوء حكم مجلس الدولة .

إذن ، إذا كان القانون الإدارى يتميز بإعطاء الإدارة امتيازات فى علاقتها بالأفراد ، إلا أنه يفرض عليها قيوداً مقابلة تتمثل فى واجب عام على الإدارة فى احترام ما تقضى به قواعد المشروعية أو قواعد القانون من قيود وشروط وأحكام ، وإلا أصبح تصرفها مخالفاً للقانون مستحقاً للابطال أو الإلغاء مع حق الأفراد المتضررين فى اقتضاء التعويض المالى من الإدارة .

٥ — وإذا أردنا أن نأخذ بعض الأمثلة على هذه القيود التى يضعهاالقانون الإدارى على الإدارة فى تصرفاتها مقابل إمتيازاتها فإننا نعطى الأمثلة التالية :

فمن ناحية أولى ، السلطة الإدارية عند اتخاذها لقرار من القرارات (كقرار بشأن رخصة من الرخص بناء على طلب أحد الأفراد أو كقرار يتعلق بموظف من الموظفين العموميين) عليها أن تحترم قواعد مختلفة : عليها أولا أن تحترم قواعد الاختصاص باصدار هذا القرار طبقاً للقانون . فلايصدر القرار إلا الرئيس الإدارى الذى تمنحه القانون هذا الاختصاص و لا عضو إدارى غيره ، وإلا كان القرار معيبا بعيب عدم الاختصاص . أيضاً على الإدارة احترام الشكل أو الإجراءات التى يتطلبها القانون عند إصدار القرار وإلا كان القرار معيبا بعيب الشكل . كذلك على الإدارة أن تبنى قرارها على سبب دافع له وجود فعلى ومن شأنه أن يبرر القرار الصادر وإلا كان القرار معيباً بعيب السبب . أيضاً يجب أن يكون موضوع أو محل القرار أو محتواه متفقاً مع القانون وجائزاً طبقاً لأحكامه ، وإلا كان القرار معيباً بعيب المحل (أو كما يقال أحياناً بعيب مخالفة القانون) . وأخيراً يجب فوق كل ذلك أن تستهدف الإدارة من وراء إقرارها تحقيق المصلحة العامة وليس غرضاً شخصياً أو أى غرض آخر مخالف للمصلحة العامة التى حددها القانون ؛ وإلا كان قرار الإدارة معيباً بعيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة .

وإذا تحقق أى عيب أو مخالفة فى أى حالة من الحالات السابقة يكون قرار الإدارة غير مشروع قابل للإلغاء بواسطة مجلس الدولة بناء على الدعوى المرفوعة من الفرد المتضرر من هذا القرار . وفى برنامج السنة الثالثة بكلية الحقوق سوف تتم دراسة أوجه إلغاء القرارات الإدارية تفصيلا ، وذلك فى إطار مادة « القضاء الإدارى » .

ومن ناحية ثانية. تتقيد الإدارة بوجه عام عند استعمالها لامتيازاتها أن تكون فى نطاق مرفق عام ، بمعنى أن هذه الامتيازات لا يحق للإدارة استخدامها كقاعدة عامة إلا بقصد إدارة مرفق عام وبالقدر الذى يقتضيه نشاط المرافق العامة الذى يستهدف مباشرة تحقيق النفع العام . وينتج عن ذلك أنه فى نطاق نشاط الإدارة الذى ليس له وصف المرفق العام مثل النشاط المتصل باستغلال الأموال الخاصة للدولة والهيئات العامة لن يكون قرار الإدارة قراراً إدارياً بالمعنى الفنى بل سيخضع لنظام القانون الخاص واختصاص المحاكم العادية ، ولن تكون العقود التى أبرمتها الإدارة لاستغلال مالها الخاص لن تكون عقود إدارية تتمتع فيها الإدارة بامتيازات القانون العام ، بل ستكون مجرد عقود مدنية وتجارية عادية مثل عقود الأفراد فيما بينهم دون حق استخدام الامتيازات المقررة فى نظام العقد الإدارى .

ومن ناحية ثالثة ، نصوص التشريع كثيراً ما تفرض على السلطة الإدارية قيوداً وشروطاً تجب مراعاتها بدقة بدون قدر من التقدير . مثال ذلك أن الإدارة عند إبرامها للعقود الإدارية ليست حرة فى اختيار المتعاقد معها، بل يجب كقاعدة عامة اتباعها لإجراءات ملزمة تتميز بالموضوعية والعدالة تضمنها قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية . كذلك الإدارة تلتزم باحترام مبدأ المساواة بين الأفراد إزاء المرافق العامة والوظائف العامة بدون تمييز ، كما أنها يجب أن تحترم مبادىء الحريات العامة فى نشاطها المتصل بالأمن وحفظ النظام العام . أيضاً فى شأن الموظفين العموميين تلتزم السلطة الإدارية بشروط قانون الخدمة المدنية عند قيامها بالتعيين والترقية والتأديب ... الخ .

وهكذا نرى فى نهاية الأمر ، أن القانون الإدارى فى تنظيمه للعلاقة القانونية بين السلطة الإدارية والأفراد ، لا يتضمن فقط امتيازات وسلطات لصالح الإدارة ، بل يتضمن أيضاً التزامات وقيود حددتها قواعد القانون ومبادىء القضاء الإدارى وإذا خالفتها الإدارة فى أعمالها قام مجلس الدولة بإبطال العمل المخالف أو إلغاء القرار المخالف مع تعويض الأفراد . فلا يجب إذن أن ننسى أن القانون الإدارى كما أنه يشمل امتيازات للسلطة إلا أنه يتضمن أيضاً قيود استثنائية وشديدة بهدف حماية حقوق وحريات الأفراد . فهو قانون يحقق التوازن الدقيق بين حماية الصالح العام وما يرتبط به من ضرورة منح امتيازات للإدارة وبين حماية مصالح الأفراد وما يرتبط به من ضرورة وضع قيود على نشاط الإدارة أيضاً .

بقى ألا ننسى كذلك ، أن ما نسميه بالقانون الإدارى ، لا يمثل — كما نعرف — تقنيناً واحداً محدداً مثل التقنين المدنى أو التقنين التجارى ... القانون الإدارى يشمل كل القواعد القانونية التى تنظم نشاط السلطات الإدارية وعلاقاتها بالأفراد ، أياً ما كان مصدر هذه القواعد . وبعضها مصدره الدستور نفسه ثم سلطة رئيس الجمهورية فى إصدار اللوائح الإدارية المختلفة ومثل ما يتعلق بمبادئ الحكم المحلى . وهناك جزء هام من قواعد القانون الإدارى جاءت فى تشريعات عادية متناثرة مثل قانون العاملين المدنيين بالدولة وقانون الحكم المحلى وقانون الهيئات العامة وقانون تنظيم الجامعات وقانون المناقصات والمزايدات وقانون مجلس الدولة . كذلك بعض قواعد القانون الإدارى وردت بالقانون المدنى ، مثل ما يتعلق بالأشخاص المعنوية العامة وما يتعلق بالأموال العامة . أيضاً بعض هذه القواعد الإدارية تتضمنها اللوائح الإدارية الصادرة عن رئيس الجمهورية وغيرها من القيادات العليا . وأخيراً يقوم مجلس الدولة كقضاء إدارى مختص بالمنازعات الإدارية ، يقوم بإنشاء قواعد إدارية جوهرية وبالذات ما اصطلح على تسميته المبادئ القانونية العامة الملزمة للإدارة بناء على ما يستقر عليه القضاء الإدارى فى أحكامه . ودور القضاء الإدارى أو مجلس الدولة جوهرى بالنظر لتعدد التشريعات الإدارية ، فهو

يقوم بإرساء النظرية العامة للقانون الإدارى ، تلك النظرية العامة التى تضع المبادئ العامة أو الأسس العامة والتى تربط بين مختلف التشريعات الإدارية وتبين العقل والمنطق الذى يحكمها جميعاً .

* * *

هذه المقدمة العامة لم تكن إلا بغرض « تذكرة الطالب » بالمبادئ الأساسية التى جاء عرضها تفصيلا فى « القسم الأول » الذى سبق دراسته من برنامج القانون الإدارى . والآن ندخل فى عرض خطتنا لدراسة « القسم الثانى » من هذا البرنامج .

وسوف ينقسم هذا القسم الثانى إلى الأربعة أبواب التالية :

الباب الأول : أعمال الإدارة العامة .

الباب الثانى : امتيازات الإدارة العامة .

الباب الثالث : أموال الدولة والأشخاص العامة الأخرى .

الباب الرابع : الموظفون العموميون .

قبل أن نعرض لتفصيلات دراستنا ، يجب أن نبين أن المقصود باصطلاح الإدارة العامة هو نفسه اصطلاح السلطات الإدارية . فالإدارة العامة ، وسوف نستعمل كثيراً لفظ الإدارة فقط ، هى مجموع السلطات الإدارية فى الدولة ، فهو اصطلاح يشملها جميعاً ، سواء أكانت سلطات إدارية مركزية كالوزارات وما تتكون منه مصالح وإدارات أم سلطات إدارية لا مركزية كوحدات الحكم المحلى والهيئات العامة والمؤسسات العامة .

الباب الأول
أعمال الادارة العامة

قلنا إن الإدارة العامة أو السلطات الإدارية فى الدولة يتمثل نشاطها من ناحية أولى فى إقرار وحماية النظام العام بمحتوياته الثلاثة أى حماية الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة . كما يتمثل نشاطها من ناحية ثانية ، فى إنشاء وإدارة المرافق العامة الأساسية كالدفاع الوطنى وإقامة العدالة والتعليم بأنواعه وتوريد المياه والنور لمصلحة الأفراد ... الخ .

والإدارة فى قيامها بنشاطها فى هذا النطاق أو ذاك تباشر أعمالا مختلفة متنوعة تختلف فى طبيعتها وفى آثارها .

ويتفق معظم الفقه على أن أعمال الإدارة يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسين : من ناحية أولى أعمال قانونية وهى تتميز بأنها تعبير عن الارادة بقصد ترتيب آثار قانونية معينة ، ومن ناحية ثانية أعمال مادية لا ترتب بذاتها ومباشرة آثاراً قانونية .

والأعمال القانونية للإدارة من طائفتين : أولا القرارات الإدارية وهى أعمال قانونية تصدر بإرادة الإدارة وحدها ، وثانياً العقود الإدارية التى تنشأ من تلاقى إرادةالإدارة مع إرادة طرف آخر قد يكون سلطة إدارية أخرى أو فرد من الأفراد كما هو الغالب .

أما الأعمال المادية ، فهى عبارة عن وقائع تحدث من أعضاء السلطة الإدارية ولكنها لا تصدر عنهم بقصد ترتيب آثار قانونية ، وهى على أى حال لا ترتب بذاتها أثراً قانونياً على عكس القرارات والعقود الإدارية .

وفيما يلى لن نتعرض للأعمال المادية للإدارة وسنكتفى بدراسة الأعمال القانونية بنوعيها . ولكن نعطى هنا بعض الأمثلة الهامة على تلك الأعمال

المادية : الأعمال الفنية التي يقوم بها موظفو الإدارة مثل الأعمال الهندسية ورسم الخطط العمرانية والتصميمات المعمارية ومثل التدريس والتعليم بأنواعه كنشاط فني ، ومثل الإنشاءات التي تتولاها الإدارة مباشرة عن طريق أجهزتها الفنية . ومن الأعمال المادية للإدارة أيضاً أعمال الإزالة لاشغالات الطريق العام التي يحرمها القانون واللوائح . وكذلك أعمال إزالة التعديات الواقعة على أموال وأراضي الدولة . ومن هذه الأعمال المادية أيضاً نشاط رجال الأمن في سبيل منع الجرائم وتنفيذ قوانين ولوائح الانضباط . وتحرير المحاضر للمحال والسيارات المخالفة لها . وأخيراً من الأعمال المادية كذلك تلك الحوادث التي تقع على الأفراد نتيجة نشاط إداري مثل حوادث السيارات التابعة للإدارة التي تصيب الأفراد ، وحوادث الأشغال العامة نتيجة خطأ إداري ، وحوادث الأسلحة التي يستخدمها رجال الأمن وتحدث أضراراً بالأفراد .

وكما نرى . الأعمال المادية يمكن أن تتفرع إلى مالا نهاية ، وهي تتحقق في كل مرة يقوم فيها رجال وأعضاء أو موظفو الإدارة بأفعال ووقائع يمكن أن تضر بالأفراد ، ولكن لا تستهدف الإدارة من القيام بها إحداث تغيير قانوني في مراكز الأفراد بصورة مباشرة ، وإلا كان العمل قانونياً . وسوف نعود للإشارة إلى الأعمال المادية عند دراستنا للقرارات الإدارية .

يكفي أن نقول كلمة أخيرة عن الأعمال المادية للإدارة . هي أن مجلس الدولة المصري بوصفه قضاءاً إدارياً أصبح الآن يختص وحده بنظر طلبات التعويض عن الأضرار التي تحدث للأفراد عن تلك الأعمال المادية ، فقد قرر قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أن المجلس يختص بنظر سائر المنازعات الإدارية وحده دون غيره أي دون محاكم القضاء العادي ، وهذا التعبير العام المطلق يتضمن منازعات التعويض عن الأعمال المادية للإدارة وقد كان الاختصاص القضائي بهذا النوع من المنازعات ينعقد من قبل لمحاكم القضاء العادي تحت رقابة محكمة النقض ، ولم يكن يختص بها مجلس الدولة

حيث لم تذكر القوانين السابقة التى نظمت القضاء الإدارى المنازعات عن الأعمال المادية للإدارة من بين الاختصاصات المحددة لمجلس الدولة .

ونحن إذ نكتفى بهذه السطور السابقة بخصوص مجموعة الأعمال المادية للسلطات الإدارية ، فإن دراستنا فى هذا الباب عن أعمال الإدارة تنحصر إذن فى الأعمال القانونية فقط ، وهى كما قلنا القرارات الإدارية من ناحية ، والعقود الإدارية من ناحية أخرى .

ومن ثم ينقسم هذا الباب الأول إلى فصلين :

الفصل الأول : القرارات الإدارية .

الفصل الثانى : العقود الإدارية .

* * *

الفصل الأول

القرارات الإدارية

قلنا إن الأعمال القانونية للإدارة أو السلطات الإدارية تتكون من نوعين أو طائفتين : أولا القرارات الإدارية والعقود الإدارية . والقرار الإدارى يختلف عن العقد الإدارى من ناحية مصدر العمل أو طريقة اتخاذه ، فبينما القرار الإدارى هو من صنع الإدارة وحدها ويجد مصدره فى الارادة المنفردة للإدارة ، نجد أن العقد الإدارى ليس من صنع الإدارة وحدها ، بل مصدره هو إرادة الإدارة وإرادة شخص أو طرف آخر متعاقد معها ، وهذا الطرف الآخر قد يكون سلطة إدارية أخرى ولكن غالباً ما يكون فرداً عادياً . فالقرار مصدره إرادة الإدارة وحدها بينما العقد الإدارى مصدره إرادة الإدارة وإرادة الفرد الذى يتعاقد مع الإدارة .

وكما يبين لنا ، القرار الإدارى يتضح فيه بقوة طابع السلطة العامة وامتيازات الإدارة العامة ، وذلك على خلاف العقد الإدارى . فى العقد الإدارى ، الفرد المتعاقد مع الإدارة قد ارتضى وقبل بإرادته الحرة الالتزام فى مواجهة الإدارة . بينما فى القرار الإدارى الإدارة ، بدون رضاء الأفراد أو قبولهم ، تقوم باتخاذ عمل من جانبها وحدها وبإرادتها وحدها لتنشئ حقاً لمصلحة بعض الأفراد أو التزاماً أو واجباً على عاتق هؤلاء الأفراد . ولنأخذ مثلا بقرار صادر بالقبض على بعض الأشخاص أو بتقييد حريتهم لضرورات الأمن ، أو بقرار يصدر بتوقيع عقوبة تأديبية على موظف أو قرار بمنح أو برفض رخصة بناء أو رخصة فتح محل تجارى . فهذه القرارات برغم مساسها بمراكز الأفراد ، تصدرها الإدارة بدون رضاء هؤلاء الأفراد وبإرادتها وحدها .

والقرار الإدارى هو الأسلوب العادى فى أعمال الإدارة والأكثر شيوعاً بالنظر للعقد الإدارى . فمعظم الأعمال القانونية للإدارة تتخذ شكل

القرارات الإدارية ، فالقرارات الإدارية كثيرة الحدوث إلى حد بعيد عن العقود الإدارية . فالحياة الوظيفية للموظف العام تتم بقرارات منذ التعيين والترقية والنقل والندب والإعارة حتى التأديب والإحالة للمعاش وغيره من طرق إنهاء الخدمة الوظيفية . وكذلك علاقات الأفراد بالإدارة تتم فى كثير من الحالات فى شكل قرارات إدارية . لهذا كله ليس غريباً أن نجد دراسة القرار الإدارى تحتل مكاناً مرموقاً متميزاً فى مؤلفات الفقهاء وفى أحكام القضاء الإدارى .

ودراستنا للقرارات الإدارية تشمل المباحث الأربعة التالية :

المبحث الأول : التعريف بالقرار الإدارى وبيان أركانه .

المبحث الثانى : شروط صحة القرار الإدارى .

المبحث الثالث : تقسيم القرارات الإدارية إلى لوائح وقرارات فردية .

المبحث الرابع : أنواع اللوائح الإدارية .

المبحث الأول

تعريف القرار الإدارى وبيان أركانه

تعريف القرار الإدارى :

استقر قضاء مجلس الدولة المصرى على تعريف القرار الإدارى بأنه « إفصاح الإدارة — فى الشكل الذى يحدده القانون — عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد إحداث مركز قانونى معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة » .

لكن هذا التعريف القضائى معيب وتنقصه الدقة . فيعيب هذا التعريف أمران :

من ناحية أولى ، هو يدخل فى تعريف القرار شروط صحته التى يجب أن تخرج عن ماهية القرار فى ذاته وأركانه الأساسية . فالتعريف القضائى

يشترط اتفاق القرار مع القوانين واللوائح ، وأن يصدر فى الشكل الذى حدده القانون وأن يكون محله (إحداث مركز قانونى) ممكناً وجائزاً ، وأن يهدف لمصلحة عامة . وتلك الشروط تتصل بصحة القرار الإدارى وهى مسألة تخرج عن تعريف القرار الإدارى وطبيعته ، وبالتالى إدخالها يعيب التعريف .

ومن ناحية أخرى ، هذا التعريف يقصر أثر القرار الإدارى فقط على « إحداث مركز قانونى » فى حين أن أثر القرار أو محله يمكن أن يتسع إلى حد تعديل المراكز القانونية أو حتى إلغائها وليس فقط مجرد إحداثها أو إنشائها .

لهذا نحن نترك هذا التعريف . ونفضل عليه تعريفاً آخر أكثر دقة . فالقرار الإدارى فى نظرنا هو « عمل قانونى يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة ».

أركان القرار الإدارى :

من هذا التعريف الذى نستقر عليه للقرار الإدارى كعمل قانونى يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة . يمكن أن نستخلص ثلاثة أركان للقرار الإدارى هى على التوالى :

— القرار الإدارى عمل قانونى .
— القرار الإدارى عمل صادر بالإرادة المنفردة .
— القرار الإدارى يصدر عن جهة إدارية .

ولنشرح هذه الأركان الثلاثة :

أولا : القرار الإدارى عمل قانونى :

أول ما يميز القرار الإدارى أنه عمل قانونى . والعمل القانونى هو عبارة عن إفصاح أو تعبير عن الإرادة بقصد ترتيب أثر قانونى معين . وهذا الأثر قد يكون إنشاء مركز قانونى عام أو فردى أو تعديلا لهذا المركز أو إلغاء له . والمركز القانونى هو مجموعة من الحقوق والواجبات لشخص معين أو مجموعة

من الأشخاص . وذلك المركز القانونى قد يكون عاماً بمعنى أن مضمونه ومحتواه واحد بالنسبة لعدد غير معين من الأشخاص تجمعهم وحدة فى الظروف ، مثل مركز الموظف العام أو مركز الطالب الجامعى . وقد يكون المركز القانونى شخصياً أى خاص بفرد أو شخص معين بالذات مثل المركز الذى يرتبه القرار الإدارى الفردى كتعيين موظف أو فصله ، أو مثل مركز المتعاقد مع الإدارة فى عقد إدارى فهو أيضاً مركز شخصى .

وينتج عن اعتبار القرار الإدارى عملا قانونياً يؤثر إيجابياً أو سلبياً فى المراكز القانونية للأفراد ، أنه يجب رفض وصف القرار الإدارى بالنسبة للأعمال المادية ، وبالنسبة للإجراءات التنفيذية البحتة للقانون ، وكذلك بالنسبة للأعمال التمهيدية التى تسبق صدور القرار ، وأخيراً بالنسبة للأعمال اللاحقة على صدور القرار من أجل تنفيذه أو تفسيره . وهو ما نتناوله تباعاً :

(أ) الأعمال المادية :

إن الوقائع والأعمال المادية لا يصدق عليها وصف العمل القانونى كركن أولى للقرار الإدارى . وذلك لأن الأعمال المادية لا تؤثر مباشرة فى المراكز القانونية القائمة . ومثال الأعمال المادية حادث أصاب فرداً من الأفراد وتسببت فيه إحدى سيارات الإدارة . فهذا الحادث المنسوب للإدارة يمثل عملا أو واقعة مادية ولا يمثل بالطبع قراراً إدارياً ، لأن هذا الحادث بذاته لا يؤثر بطريقة مباشرة فى المركز القانونى للفرد المصاب لأنه بوصفه مواطناً لم يتغير مركزه القانونى نتيجة إصابته فظل مركزه القانونى كما كان . وكل ما هنالك أن حالته الواقعية والمادية تغيرت بفعل ذلك الحادث ، وهذا يعطى له حقاً فى المطالبة بالتعويض . فإذا كان ثمة تأثير على المركز القانونى للفرد المضرور ، فإن ذلك قد تم بطريقة غير مباشرة .

بل قد يأخذ العمل المادى المظهر الخارجى للقرار ، ولكن ذلك القرار لن يكون مع ذلك قراراً إدارياً لافتقاره لذات المميز الهام والأول للقرار الإدارى أى افتقاره لعنصر التغيير المباشر فى المراكز القانونية . ومثال ذلك

القرارات الفنية التى تتخذها الإدارة لإنشاء مصنع مثلا أو لبناء أحد الكبارى أو أحد الخزانات ، فتلك قرارات لا تؤثر فى المراكز القانونية للأفراد وبالتالى لا تعتبر قرارات إدارية . وهناك أمثلة أخرى من خلال أحكام مجلس الدولة : مثل إدراج اسم أحد الأشخاص فى سجل الخطرين على الأمن العام وإنشاء ملف خاص به (حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢ / ٣ / ١٩٦٧) تراخى الشرطة فى تنفيذ أمر النيابة العامة الصادر بالإفراج عن جريدة (حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٨ / ٣ / ١٩٥٦) — حفظ أوراق قضية حققتها النيابة الإدارية فى ملف الخدمة الخاص بأحد الموظفين (حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٧ / ١١ / ١٩٦٩) .

ولكن قد نكون بصدد عمل أو واقعة مادية بحتة . غير أنه خلف تلك الواقعة المادية يكمن قرار إدارى . بحيث تعتبر تلك الواقعة المادية مجرد تنفيذ بحت لهذا القرار الإدارى الحقيقى ومثال ذلك القبض على أحد الأشخاص بواسطة رجال الأمن العام فإن واقعة القبض هى بلاشك تنفيذ لقرار صادر بالقبض على ذلك الشخص . وهو قرار إدارى لأنه يغير بطريقة مباشرة فى المركز القانونى للشخص المقبوض عليه . وهذا هو ماقالته المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة فى أحد أحكامها « إذا ما ثبت أن القبض على المدعى كان تدبيراً من التدابير التى اتخذتها الإدارة لاعتبارات تتعلق بالأمن العام بناء على حالة واقعية كانت قائمة . هى السبب الذى دعا الإدارة إلى اتخاذ هذه التدابير ، فأفصحت عن إرادتها بالقبض عليه هو وغيره ، فإن هذا التصرف له كافة مقومات القرار الإدارى كتصرف إرادى يتجه إلى إحداث أثر قانونى هو القبض على الأشخاص ... » (حكم بتاريخ ١٣ / ٤ / ١٩٥٧)

(ب) الإجراءات التنفيذية البحتة للقانون :

القرار الإدارى فى خصيصته الأولى كعمل قانونى يحدث بذاته تغييراً مباشراً فى المراكز القانونية للأشخاص المخاطبين بالقرار . ومن ثم لا يعتبر قراراً إدارياً كل اجراء تتخذه الإدارة تطبيقاً لما أمر به القانون دون أن يترك هذا القانون للإدارة أى قدر من سلطة التقدير بحيث يكون الإجراء

الإدارى تنفيذاً حرفياً وواجباً لحكم القانون . ففى هذا الوضع الإجراء الإدارى التنفيذى ليس هو الذى يحمل بذاته ومباشرة تغييراً فى المركز القانونى للفرد أو الأفراد ، وإنما هذا التغيير قد قرره القانون نفسه مباشرة ، والإجراء الذى قامت به الإدارة هو مجرد إجراء كاشف أو مقرر وليس منشئاً . ومن ثم يفتقد ذلك الإجراء صفة العمل القانونى و لا يعتبر بالتالى قراراً إدارياً وإنما يعتبر اجراء تنفيذياً بحتاً أو بمثابة عمل من الأعمال المادية .

ولقد طبق القضاء الإدارى (مجلس الدولة) هذا المبدأ بصورة أساسية فيما يتعلق بالأعمال والإجراءات التى تتخذها الإدارة بخصوص التسويات المالية للموظفين وهى الحقوق المالية المتعلقة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم . فهذه الحقوق أو التسويات المالية تثبت للموظف من نصوص القانون مباشرة ومن ثم « يكون ما أصدرته الإدارة من أوامر أو تصرفات فى هذه المناسبة . هو مجرد أعمال تنفيذية تهدف إلى مجرد تطبيق القانون على حالة الموظف وتوصيل ما نص عليه القانون إليه . ولا يكون هذا التصرف (الإجراء) قراراً إدارياً بالمعنى المفهوم بل يكون مجرد إجراء تنفيذى أو عمل مادى لا يسمو إلى مرتبة القرار الإدارى » (حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٦ / ١ / ١٩٦٣) .

وتطبيقاً لذات المبدأ الذى يقضى بعدم تحقق صفة القرار الإدارى للإجراءات التنفيذية البحتة للقانون ، قضى مجلس الدولة بأن القرار الصادر من الإدارة بفصل موظف نتيجة للحكم عليه بعقوبة جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة لا يعتبر قراراً إدارياً ، « ذلك أن القرار الصادر بإنهاء الخدمة فى هذه الحالة لا ينشئ بذاته مركزاً قانونياً مستحدثاً للموظف بل لا يعدو أن يكون إجراء تنفيذياً لمقتضى الحكم الجنائى الذى رتب عليه القانون إنهاء الخدمة حتمياً .... » (حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٤ / ٤ / ١٩٧٣) .

(ج) الأعمال التمهيدية التي تسبق صدور القرار :

فقبل إصدار القرار الإدارى . قد تقوم جهة الإدارة ببعض الأعمال والإجراءات التى تمهد لصدور القرار الإدارى وتكون سابقة عليه . ومثال ذلك التحقيق كعمل تمهيدى يسبق القرار الإدارى بتوقيع الجزاء التأديبى على موظف . وأيضاً إحالة مشروع القرار لجهة استشارية لإبداء الرأى فيه وكذلك التقارير فى مرحلة إعداد القرار الإدارى . مثل تلك الأعمال والإجراءات التمهيدية لاتؤثر مباشرة على المراكز القانونية القائمة . فهى لا تنشئ أو تعدل حقاً أو التزاماً ، ومن ثم فهى لا تتمتع بوصف القرار الإدارى كعمل قانونى .

ومن خلال أحكام محكمة القضاء الإدارى . يمكن ذكر بعض أمثلة على تلك الأعمال التمهيدية التى لا تعتبر قرارات إدارية : الاقتراح بالترقية (حكم بتاريخ ٢٠ / ١٢ / ١٩٥٠) — القيد على درجة مالية وإلغاء هذا القيد (حكم بتاريخ ١٧ / ٥ / ١٩٥٣) — تأشيرة الوزير بالترقية عند خلو درجة (حكم بتاريخ ١٤ / ٦ / ١٩٦٠) — وعد الوزير بنقل المدعى بعد فترة معينة (حكم بتاريخ ١٨ / ٦ / ١٩٥٣) — اقتراح إحدى مجالس الكليات الجامعية بترقية أحد المدرسين إلى وظيفة أعلى (حكم بتاريخ ٢٧ / ٦ / ١٩٥٧)

(د) الأعمال اللاحقة لصدور القرار من أجل تنفيذه أو تفسيره :

أيضاً تأخذ هذه الأعمال اللاحقة حكم الأعمال السابقة على صدور القرار ، فهى أيضاً لا تعتبر قرارات إدارية بالمعنى الصحيح . لأنها لا تضيف جديداً بالزيادة أو بالنقص على المراكز القانونية القائمة . فالنشرات التى يصدرها الوزير لموظفيه لشرح قواعد قرار لائحى جديد وبيان كيفية تنفيذه ، لا تعتبر قرارات إدارية . كذلك لا تعتبر قرارات إدارية المنشورات التفسيرية للقوانين الجديدة حتى يتمكن الموظفون من تطبيقها ، وذلك طالما أن تلك المنشورات لا تتضمن قواعد جديدة وإنما تقتصر على تفسير القانون وشرح قواعده . كذلك قضى مجلس الدولة أنه لا يعتبر قراراً إدارياً تصديق مجلس

إحدى الكليات الجامعية على محضر الجلسة السابقة لأن هذا التصديق لا يضيف جديداً (حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٨ / ٥ / ١٩٥٣) .

ثانياً : القرار الإدارى عمل صادر بالإرادة المنفردة :

قلنا فيما سبق أن العنصر الأول فى القرار الإدارى أنه عمل قانونى ، أى أنه يحدث تغييراً مباشراً إيجابياً أو سلبياً فى المراكز القانونية القائمة . ولكن ليس كل عمل قانونى تقوم به جهة الإدارة يعتبر قراراً إدارياً ، لأن العقود الإدارية هى الأخرى تعتبر أعمالا قانونية تؤثر مباشرة فى المركز القانونى للإدارة والمركز القانونى للمتعاقد مع الإدارة ، لأنها تخلق حقوق والتزامات متبادلة .

وهنا يبرز العنصر الثانى فى القرار الإدارى . وهو كونه عملا يصدر **بالإرادة المنفردة** (للإدارة) أو عملا يصدر من **جانب واحد** هو الجهة الإدارية . وهذا العنصر هو الذى يميز القرار الإدارى عن العقد الإدارى . فإذا كان كلاهما يعتبرا من الأعمال أو التصرفات القانونية ، إلا أن القرار الإدارى يتميز بأنه يصدر بإرادة الإدارة وحدها . بينما العقد الإدارى يصدر ويتم بإرادتين معاً هما إرادة الإدارة وإرادة الفرد المتعاقد معها .

وينتج عن ذلك أن العقد الإدارى لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام مجلس الدولة ولا يمكن أن يكون موضوعاً لدعوى الإلغاء . لأن الطعن بالإلغاء ينصب فقط على القرار الإدارى الذى هو عمل قانونى يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة . وإنما يكون المجال الطبيعى للطعن فى العقد الإدارى هو دعوى العقد وهى من دعاوى القضاء الكامل . ويرفعها المتعاقد مع الإدارة ضد الإدارة المتعاقدة للمطالبة بحقوقه نتيجة العقد أمام المحكمة المختصة فى مجلس الدولة (طلب تعويض أو طلب تنفيذ العقد أو طلب فسخ العقد) .

ونشير أخيراً بالنسبة لهذا العنصر الثانى المميز للقرار الإدارى إلى نقطة هامة : هى أنه إذا كان القرار الإدارى يتميز بأنه عمل يصدر بالإرادة المنفردة أو من جانب واحد ، إلا أن ذلك لا يعنى بالضرورة أن يصدر حتما من

شخص واحد . ذلك أن السلطات الإدارية التى تختص بإصدار القرارات الإدارية قد تكون سلطة فردية معطاة لفرد كالوزير مثلا أو وكيل الوزارة أو رئيس المصلحة . ولكن أحياناً قد تكون السلطات الإدارية ذات تكوين جماعى أى تتكون من عدة أشخاص ، ويحدد القانون أن إصدار القرار من اختصاص تلك السلطة الإدارية الجماعية التكوين بأغلبية أعضائها ، ومثال ذلك القرارات الصادرة من مجلس الوزراء أو مجلس إدارة إحدى الهيئات العامة أو من مجلس إحدى الكليات الجماعية . فى مثل تلك الحالات يعتبر القرار صادراً أيضاً بالإرادة المنفردة للإدارة أو من جانب الإدارة وحدها ، برغم التشكيل الجماعى للسلطة الإدارية التى أصدرته . إذ لا يهم تعدد أشخاص الهيئة أو المجلس الذى أصدر القرار لأن ذلك القرار الصادر بأغلبية الأعضاء لا يعبر عن الإرادات الفردية لهذه الأغلبية فقط . ولكنه يعبر عن إرادة واحدة لا تتجزأ هى « إرادة المجلس » أو الهيئة كلها كوحدة فى ذاتها برغم تعدد أعضائها وبرغم معارضة الأقلية . فالمجلس الجماعى يمثل كله جانب واحد فى مواجهة الشخص أو الأشخاص الذين يخاطبهم القرار ويؤثر فى مركزهم القانونى .

ثالثاً : القرار الإدارى يصدر عن جهة إدارية :

العنصر الثالث المميز للقرار الإدارى ، هو أن يصدر عن جهة إدارية عامة أو سلطة إدارية . ولا شك أن ذلك العنصر جوهرى لأنه نتيجة له يجب رفض وصف القرارات الإدارية بالنسبة للقرارات التى تصدر عن شخص من أشخاص القانون الخاص أى الأفراد والهيئات الخاصة (شركة — جمعية — نقابة عمالية — نادى رياضى) . فالقرارات التى تصدر من أشخاص القانون الخاص لا يمكن اعتبارها قرارات إدارية .

والجهات أو السلطات الإدارية التى تصدر القرارات الإدارية هى تلك السلطات التى تتبع أحد أشخاص القانون العام الداخلى . إذن لا بد من تحديد أشخاص القانون العام ، حتى نحدد السلطات الإدارية التى تتبعها والتى تصدر القرارات الإدارية .

وأشخاص القانون العام كما هو مستقر فى الفقه والقضاء تشمل الأشخاص العامة التالية :

١ — **الدولة** : والسلطات الإدارية التى تتبع الدولة كشخص معنوى عام تشمل كل الهيئات الإدارية التابعة للسلطة التنفيذية فهى تبدأ برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء فيما يتعلق باختصاصاتهما الإدارية ثم الوزارات المختلفة بما فيها من رئاسات إدارية وما يتبعها من المصالح والإدارات العامة والفروع . والسلطات الإدارية للدولة تسمى بالسلطات الإدارية المركزية لتمييزها عن السلطات اللامركزية (الأشخاص المحلية والأشخاص المرفقية) .

٢ — **الأشخاص العامة المحلية** : وهى الوحدات المحلية التى نظمها القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن قانون الإدارة المحلية . وهى المحافظات أو الألوية والقضوات والنواحى . وهى تتمتع كلها بالشخصية المعنوية . وينتج عن ذلك أن رؤساء تلك الأشخاص العامة المحلية والمجالس التى تمثلها تعتبر سلطات إدارية ، وقراراتها تعتبر قرارات إدارية .

٣ — **الأشخاص العامة المرفقية** : وهى أشخاص معنوية عامة يتخصص كل منها فى إدارة مرفق من المرافق العامة . وأهمها المؤسسات العامة أو الهيئات العامة مثل المؤسسة العامة للحبوب أو مؤسسة الإذاعة والتليفزيون . والجامعات مثل جامعة صنعاء تعتبر مؤسسة عامة يحكمها وينظمها قانون خاص . وهكذا فرؤساء هذه المؤسسات أو الهيئات العامة وكذلك مجالس إدارتها سلطات إدارية تتخذ قرارات إدارية .

وهناك أشخاص عامة مرفقية أخرى قرر وجودها قضاء مجلس الدولة ، ومن أهمها الأشخاص العامة التالية :

— نقابات المهن الحرة التى تقوم بتنظيم ممارسة هذه المهن مثل نقابات الأطباء والصيادلة والمهندسين والمحاسبين ونقابة المحامين .

— الغرف التجارية .

— البنك العقارى الزراعى .

— بعض الهيئات الدينية ، مثل مشيخة الطرق الصوفية . وبطرخانة الأقباط الأرثوذكس فى مصر (مع ملاحظة أن الأعمال الدينية البحتة لا تعتبر قرارات إدارية وإنما يعتبر كذلك القرارات التى تتخذها فى تنظيم الهيئة وفى نطاق سلطتها الزمنية أو المدنية خارج النطاق الدينى البحت) .

ولكن من ناحية مقابلة لم يعتبر مجلس الدولة شركات القطاع العام من الأشخاص العامة ، بل من أشخاص القانون الخاص ، نظراً لأن المشرع قد نظمها فى ظروف القانون الخاص ولم يمنحها امتيازات السلطة العامة والقانون العام . وبالتالى لا يعتبر موظفوها موظفين عموميين . وما يهمنا هنا أساساً هو أن قراراتها لا تعتبر قرارات إدارية لأن شركات القطاع العام كما قلنا تعتبر من أشخاص القانون الخاص طبقاً لقضاء مجلس الدولة .

المبحث الثانى

شروط صحة القرار الإدارى

إذا تحققت للقرار الإدارى أركانه الأساسية السابق تحديدها أصبح له هذه الطبيعة أو الصفة بما يترتب عليها من نتائج ، ومن أهمها قابليته للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة أو القضاء الإدارى بالإضافة إلى قابليته للتنفيذ الجبرى المباشر فى الحالات التى يجوز فيها ذلك .

ولكن يجب ألا نخلط بين أركان القرار الإدارى وبين شروط صحته فأركان القرار لازمة لتحقيق كيانه ولتحقيق طبيعته كقرار إدارى بحيث إذا تخلف ركن منها لا نكون أصلا إزاء قرار إدارى ، بينما شروط الصحة لا تتعلق بكيان القرار وماهيته وإنما بمشروعيته أو عدم مشروعيته ، أى بموافقته للقانون أو مخالفته له وإلغائه بواسطة مجلس الدولة فى هذه الحالة الأخيرة . فالقرار تتحقق طبيعته كقرار إدارى بتحقق أركانه ، ولكنه قد يكون غير مشروع قابل للإلغاء إذا تخلف شرط من شروط صحته .

إذن ما هى شروط صحة القرار ؟

شروط صحة القرار الإدارى تتعلق بالعناصر القانونية للقرار الإدارى بوجه عام ، وهى خمسة عناصر : الاختصاص — الشكل والإجراءات — السبب — المحل — الغاية . وهكذا حتى يكون القرار الإدارى مطابقاً للقانون أو مشروعاً ، يجب أن يكون صحيحاً فى عناصره الخمسة ، فإذا كانت هناك مخالفة للقانون فى عنصر واحد من هذه العناصر أصبح القرار غير مشروع أو مخالف للقانون وواجب الإلغاء نتيجة لذلك .

ولنتناول عناصر القرار الخمسة التى يجب أن تكون صحيحة كلها وفقاً للقانون :

أولا : الاختصاص : بادئ ذى بدء ، يجب أن يصدر القرار الإدارى من عضو السلطة الإدارية المختصة قانوناً بإصدار هذا القرار ، وإلا صار القرار معيباً بعيب عدم الاختصاص وقابلا للإلغاء بواسطة مجلس الدولة . وعيب عدم الاختصاص هو العيب الوحيد المتعلق بالنظام العام من بين سائر عيوب القرار الإدارى ، مما يستتبع أن القاضى الإدارى (مجلس الدولة) له حق التعرض له من تلقاء نفسه فى حالة الطعن على القرار ولو لم يقم الفرد المدعى بإثارته فى عريضة دعواه .

والأصل أن الاختصاص بإصدار القرارات الإدارية التى تؤثر مباشرة فى المراكز القانونية للأفراد لا ينعقد لكل الموظفين العموميين ، بل فقط لفئة محدودة جداً من بين جمهور الموظفين ، هى فئة القيادات الإدارية العليا فى الوزارات والمصالح العامة والهيئات العامة ووحدات الحكم المحلى .

ولنتساءل عن صور عدم الاختصاص بإصدار القرارات الإدارية التى تعيب هذه القرارات . فى الواقع صور عدم الاختصاص ثلاث هى :

١ — عدم الاختصاص الموضوعى : وهو أهم صور أو حالات عدم الاختصاص ، ويتحقق إذا قامت إحدى الجهات الإدارية بإصدار قرار فى موضوع لا تملك قانوناً سلطة التقرير فيه لأن تلك السلطة تملكها جهة إدارية أخرى .

وتطبيقات عدم الاختصاص الموضوعى متعددة : منها أولا أن تقوم جهة إدارية بالتعدى على اختصاصات مقررة قانوناً لجهة إدارية أخرى فى ذات المستوى أو الدرجة، ومثال ذلك أن يقوم أحد الوزراء بإصدار قرار فى موضوع هو من اختصاص وزير آخر .

ومن هذه التطبيقات ثانياً ، أن تقوم جهة إدارية بالتعدى على إختصاص موضوعى مقرر لجهة إدارية أعلى منها فى المستوى أو الدرجة ، ومثال ذلك أن يقوم رئيس المصلحة بإصدار قرار يختص بإصداره قانوناً الوزير نفسه الذى تتبعه هذه المصلحة . أو أن يقوم أحد الوزراء بفصل موظف فى وزارته بغير الطريق التأديبى ، فقرار الفصل معيب لأن الإختصاص بفصل الموظفين عموماً بغير الطريق التأديبى مقرر قانوناً لرئيس الجمهورية وحده .

وأخيراً ، يظهر عيب عدم الإختصاص الموضوعى من ناحية ثالثة فى الحالة العكسية للحالة السابقة ، أى فى حالة اعتداء جهة إدارية من مستوى أعلى على إختصاص مقرر أصلا لجهة إدارية فى المستوى الأدنى . كان يقوم وزير بإصدار قرار أعطى القانون الإختصاص بإصداره لوكيل الوزارة . وحكمة عدم الإختصاص هنا أن القانون أراد فى مثل هذا الوضع أن يحقق للأفراد ضمانة بحث المسألة على درجتين، الدرجة الأولى عند إتخاذ القرار من المرؤوس ، والدرجة الثانية عند قيام الرئيس الإدارى الأعلى بالتعقيب على قرار المرؤوس ، ومن ثم تصدى الرئيس فى المستوى الأعلى مباشرة دون المرؤوس يحرم المواطن من هذا الفحص على درجتين .

٢ — **عدم الاختصاص الزمنى :** وهو يعنى صدور القرار الإدارى فى وقت لا يكون الإختصاص بإصداره قد انعقد أو تحقق لمن أصدره . وتطبيقاً لذلك يكون القرار الإدارى معيباً بعدم الإختصاص الزمنى أو من حيث الزمان إذا صدر من موظف فى وقت سابق على تاريخ منحه سلطة إصدار هذا القرار . ومثال ذلك أن يصدر أحد وكلاء الوزارة قراراً تأديبياً يوقع جزاءاً على موظف وكان ذلك قبل أن يتم بصفة نهائية تعيين مصدر القرار وكيلا للوزارة ، فقرار الجزاء يكون معيباً بعيب عدم الإختصاص الزمنى .

ومن ناحية أخرى يلحق ذات العيب بكل قرار إدارى يصدر من مسئول أو موظف بعد تركه لوظيفته لأى سبب من الأسباب ، أى بعد نقله من وظيفته أو فصله منها أو استقالته . مع ملاحظة أنه بالنسبة للاستقالة من الوظيفة لا تنقطع صلة الموظف بالوظيفة بمجرد تقديم استقالته بل من تاريخ قبول تلك الاستقالة من السلطة المختصة ، مما يعنى استمرار إختصاص الموظف المستقيل بإصدار القرارات حتى تاريخ قبول استقالته .

٣ — **عدم الاختصاص المكانى** : يكون القرار الإدارى معيباً بعدم الإختصاص المكانى إذا صدر من أحد أعضاء السلطة الإدارية قرار يخرج عن دائرة اختصاصه المكانى أو الإقليمى ويتعلق بالنطاق الإقليمى لعضو إدارى آخر . ويفترض فى هذه الحالة أن كلا من الجهتين الإداريتين (أو العضوين) من درجة واحدة أو من مستوى إدارى واحد ومعادل ، لكن لكل منهما دائرة اختصاص مكانى مختلف عن الأخرى .

ومن أمثلة عدم الاختصاص المكانى . أن يصدر مدير الأمن فى إحدى المحافظات قراراً يخرج عن نطاق دائرة المحافظة ويتعلق بدائرة إختصاص مدير أمن آخر فى محافظة أخرى . أو أيضاً أن يقوم المحافظ بإصدار قرار يمس موظف لا يعمل فى نطاق محافظته بل فى نطاق محافظة مجاورة .

ويلاحظ أن عدم الاختصاص المكانى لا يتحقق بالنسبة للسلطات الإدارية المركزية التى لها سلطة عامة على نطاق الدولة كلها ، مثل رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزارات التى لم تنتقل إختصاصاتها إلى المحافظات مثل وزارة الداخلية ووزارة الحربية ووزارة العدل . فالقرارات الصادرة من تلك السلطات المركزية لا يثور بشأنها عيب عدم الإختصاص المكانى ، وإنما قد يشوبها عيب عدم الإختصاص الموضوعى أو الزمنى حسب التفصيل السابق بيانه .

ثانياً : الشكل والإجراءات : إلى جانب عنصر الإختصاص فى إصدار القرار الإدارى ، يجب أيضاً أن يكون القرار صحيحاً فى عنصر الشكل

والإجراءات التى قد يتطلبها القانون . والشكل يعنى المظهر أو الشكل الخارجى للقرار أو طريقة تعبير الإدارة عن إرادتها الملزمة فى القرار الصادر ، فى حين أن الإجراءات تعنى الخطوات التى يجب أن يتبعها القرار الإدارى فى مرحلة تحضيره وإعداده قبل صدوره إلى العالم الخارجى . فالقرار الإدارى يجب أن يكون صحيحاً من حيث مظهره أو شكله الخارجى (الشكل) وأيضاً فى إجراءاته التى تسبق إصداره (الإجراءات)

والأصل أن القاعدة العامة أن إصدار القرار الإدارى لا يستلزم شكلا معيناً أو إجراءات محددة بذاتها . ومن ثم فمن حيث شكل القرار ، القرار الإدارى لا يشترط أن يكون صحيحاً وإيجابياً كالقرار الصادر بمنح رخصة أو برفض منحها صراحة ، بل قد يكون القرار سلبياً أو بالامتناع كما لو امتنعت الإدارة ولم ترد لا بالقبول أو بالرفض . كذلك لا يشترط فى الأصل أن يكون القرار مكتوباً بل يمكن أن يصدر القرار فى أسلوب شفوى ويأخذ قيمة القرار الإدارى . ومن حيث الإجراءات ، الأصل أيضاً أنه لا يشترط اتباع إجراءات أو خطوات معينة قبل إصدار القرار .

ولكن أحياناً على سبيل الاستثناء قد يقرر القانون ضرورة صدور القرار فى شكل خارجى معين . كأن يصدر كتابة أو كأن يكون مسبباً أى يتضمن صراحة أسبابه فى ذات القرار . كذلك قد يتطلب القانون ضرورة اتباع الإدارة لإجراءات معينة قبل إصدارها لبعض القرارات الهامة ، ومن أمثلة ذلك القرار التأديبى ضد موظف عام فيجب أن يسبقه تحقيق يتحقق فيه ضمانات الدفاع وبالذات أخذ أقوال الموظف المتهم وإبدائه لأوجه دفاعه وسماع شهوده ، أو القرار الصادر من وزير التعليم العالى بتعيين عضو هيئة التدريس بإحدى الجامعات يجب أن يسبقه أخذ رأى مجلس الكلية المختص بالإضافة إلى طلب مجلس الجامعة (مادة ٦٠ من قانون تنظيم الجامعات)

ففى مثل هذه الحالات يجب أن يستوفى القرار الشكل أو الإجراءات التى تطلبها القانون ، وإلا كان معيباً قابلا للإلغاء عند الطعن فيه من الفرد

صاحب المصلحة ، على الأقل فى الحالات التى يتعلق فيها الأمر بشكليات جوهرية كما فى الأمثلة السابقة .

ثالثاً : السبب : القرار الإدارى كعمل قانونى يجب أن يقوم على سبب صحيح يبرره ويمثل علة إصداره . لأن القاعدة هى أن لكل عمل قانونى سبب صحيح سواء كان هذا العمل القانونى قراراً أو عقداً ، وسبب القرار الإدارى هو الحالة الواقعية أو القانونية أو الظروف والأوضاع التى تسبق إصداره وتدفع السلطة الإدارية إلى إصدار القرار . ومثال ذلك القرار التأديبى الصادر فى مواجهة الموظف فسبب هذا القرار هو المخالفة أو المخالفات التى ارتكبها الموظف والتى تمثل خروجاً على واجبات الوظيفة ، فهذه المخالفة التى وقعت من الموظف تمثل السبب الذى يدفع الإدارة لمجازاته بالقرار التأديبى كالإنذار أو الخصم . كذلك القرار الصادر بقبول استقالة الموظف يجد سببه فى طلب الاستقالة الذى سبق تقديمه من هذا الموظف .

ولكى يكون القرار الإدارى صحيحاً فى عنصر السبب . يشترط فى هذا السبب أن يكون له وجود فعلى أو مادى كما يشترط أيضاً أن يتوافر فيه الوصف الذى يتطلبه القانون . ولنأخذ مثلا بالقرار التأديبى أو الجزائى فى حق الموظف . فسبب هذا القرار هو كما قلنا المخالفة التى وقعت من الموظف والتى تمثل الحالة أو الظرف الذى دفع الإدارة لمجازاته . فيشترط أولا أن تكون الوقائع المسندة إلى الموظف قد ارتكبها فعلا وحقيقة من الناحية المادية والواقعية ، كما يشترط ثانياً أن تكون تلك الوقائع على فرض حدوثها فعلا تكون وصف الجريمة التأديبية أى تمثل مخالفة لواجبات الوظيفة وفقاً للقانون . فإذا أسندت الإدارة لعامل الصيانة فى جراج السيارات أنه لم يقم بإصلاح وصيانة إحدى سيارات الإدارة برغم إصدار الأمر إليه بذلك ، فإنه يجب أن يثبت أنه امتنع فعلا عن صيانة وإصلاح السيارة كما يجب أن يمثل هذا الامتناع من جانبه خطأً وظيفياً ، وهو بالفعل كذلك فى هذا المثال .

ولكن إذا كان ما أسندته الإدارة لهذا العامل أنه كثير التدخين مثلا أثناء قيامه بعمله فى الإصلاح والصيانة . فهنا إذا ثبت فعلا أنه كثير التدخين

فى العمل فإن السبب يكون متحقق من الناحية الفعلية أو المادية ، ولكن فى هذا المثال يتخلف الشرط الثانى لأن التدخين أثناء العمل فى ذاته لا يمثل مخالفة لواجبات الوظيفة طالما أنه لم يثبت تقصير العامل فى الصيانة أو الإصلاح ، ومن ثم يكون القرار التأديبى معيباً وغير صحيح لتخلف الوصف القانونى السليم .

رابعاً : **محل القرار** : محل القرار الإدارى هو موضوعه أو مادته أو محتواه ، أو هو أيضاً ذلك الأثر القانونى الذى يحدثه ويرتبه هذا القرار . فمثلا القرار التأديبى ضد موظف ، إذا كان سببه هو مخالفة الموظف لواجبات الوظيفة ، فإن محله يكون تلك العقوبة التأديبية التى يتضمنها القرار التأديبى نفسه أو بعبارة أخرى محل هذا القرار هو الجزاء الصادر والذى يحمله القرار . فلو أن العامل فى جراج تابع لإحدى الكليات الجامعية قد امتنع أو قصر فى قيامه بعمله فى صيانة وإصلاح سيارة فصدر قرار تأديبى ضده بخصم عشرة أيام من مرتبه ، فإن ذلك الخصم لمدة عشرة أيام هو محل هذا القرار ، هو موضوعه أو هو ذلك الأثر القانونى الذى أحدثه القرار .

ويجب أن يكون القرار صحيحاً فى عنصر المحل . وحتى يتحقق ذلك يشترط توافر شرطين فى محل القرار الإدارى (أى قرار إدارى) الشرط الأول هو أن يكون هذا المحل ممكناً تنفيذه من الناحية الفعلية والشرط الثانى أن يكون المحل جائزاً قانوناً . وهكذا إذا تخلف أى من هذين الشرطين فى محل القرار أو أثره القانونى كان القرار معيباً فى محله واجب الإلغاء ، بل يكون معدوماً بالذات فى حالة تخلف الشرط الأول كما لو كان محل القرار مستحيل تنفيذه من الناحية الفعلية أو المادية ، ومثال ذلك أن يصدر قرار بترقية موظف إلى وظيفة أعلى ثم يتضح أن هذا الموظف كان قد بلغ سن الإحالة إلى المعاش قبل إصدار القرار بترقيته، فهنا محل هذا القرار وهو الترقية مستحيل تنفيذه لأن الموظف لم يعد فى الخدمة المدنية ببلوغه سن المعاش ، ومن الواجب على الإدارة إصدار قرار بإحالته للمعاش فوراً طبقاً للمادة ٩٥ من قانون العاملين المدنيين بالدولة .

خامساً : الغاية : وأخيراً يجب أن يكون القرار الإدارى صحيحاً فى عنصر الغاية . وغاية القرار الإدارى هى الهدف الذى تبتغيه الإدارة من وراء إصدار قرارها ، فالقرار التأديبى ضد الموظف سببه هو ما ارتكبه من مخالفة لواجبات وظيفته ومحله هو الجزاء الذى يتضمنه القرار كالخصم أما غايته فهى ردع هذا الموظف وردع أمثاله الآخرين مما يستتبع حسن سير المرفق العام .

والقاعدة العامة الأساسية التى لا يرد عليها أى استثناء هى أن كل قرار إدارى يجب أن تكون غايته هى تحقيق المصلحة العامة ومن ثم إذا لم يثبت أن الإدارة لم تستهدف مى إصدار قرارها (أى قرار إدارى) تحقيق المصلحة العامة ، بل مصلحة أخرى بعيدة عنها كالانتقام أو تحقيق مصلحة شخصية وذاتية لمصدر القرار أو لقريبه أو لشخص آخر ، كان القرار الإدارى معيباً بإساءة استعمال السلطة وواجب الإلغاء . فإساءة استعمال السلطة تمثل العيب الذى يلحق كل قرار إدارى لم تستهدف الإدارة الصالح العام عند اتخاذه أو إصداره .

وأحياناً بالنسبة لبعض القرارات الإدارية ، لا يكتفى القانون بغاية المصلحة العامة فى معناها العام والمطلق ، بل يتطلب أيضاً أن تسعى الإدارة مصدرة القرار لغاية معينة بالذات أو هدف محدد بذاته . وفى هذه الحالة يكون القرار معيباً بعيب إساءة استعمال السلطة إذا ثبت أن الإدارة لم تستهدف فى قرارها هذا الهدف الخاص المعين الذى حدده القانون ، حتى ولو كانت الإدارة قد استهدفت مصلحة عامة أخرى نظراً لأن القانون يتطلب استهداف مصلحة أو هدف بذاته لا يجوز الحيد عنه . ولكن هذا يتحقق فى حالات استثنائية . ومثال ذلك القرار الصادر بوقف الموظف عن العمل . فالقانون حدد غاية عامة بالذات بالنسبة لهذا القرار هى أن يكون الوقف عن العمل « لمصلحة التحقيق » ومن ثم لا يجوز استهداف غاية أخرى لهذا القرار حتى ولو كانت هذه الغاية الأخرى تتصل بمصلحة عامة .

وفى نهاية هذا البحث ، يبدو لنا أن المقصود بشروط صحة القرار الإدارى

هو أن يكون هذا القرار صحيحاً فى عناصره القانونية الخمسة السابق بيانها وهى : الإختصاص — الشكل والإجراءات — السبب — المحل — الغاية . ومن ثم إذا لم يكن القرار صحيحاً فى أى عنصر من تلك العناصر حسبما سبق بيانه ، أصبح القرار غير مشروع أو مخالف للقانون ويقوم مجلس الدولة بإلغائه بناء على دعوى الإلغاء التى يرفعها الفرد صاحب المصلحة أى ذلك الفرد الذى مس القرار مركزه القانونى . ويجب أن يكون مفهوماً أنه يكفى أن يتخلف شرط واحد فقط من شروط أى عنصر من هذه العناصر حتى تتحقق عدم مشروعية القرار الإدارى وتتحقق بالتالى إمكانية إلغائه .

المبحث الثالث

تقسيم القرارات الإدارية إلى لوائح وقرارات فردية

أهم تقسيم القرارات الإدارية التى تصدرها السلطات الإدارية هو تقسيمها إلى نوعين من القرارات : اللوائح وتسمى أيضاً القرارات التنظيمية العامة — والقرارات الفردية . وهذا التقسيم موضوعى فى أساسه لأنه يستند على موضوع القرار أو محله أى ذلك الأثر القانونى الذى يرتبه القرار الإدارى . ونتناول أولا اللوائح وثانياً القرارات الفردية ثم نتكلم ثالثاً عن أهمية التفرقة بين اللوائح والقرارات الفردية :

أولا : اللوائح :

اللوائح أو القرارات اللائحية هى تلك القرارات الإدارية التى تنظم مراكز قانونية عامة للأفراد إما بإنشاء هذه المراكز العامة أو تعديلها أو إلغائها ، مثل لائحة تقرر بعض البدلات المالية لبعض فئات الموظفين العاملين فى المناطق النائية أو لائحة منظمة لقواعد المرور . فكما نرى اللوائح تتضمن دائماً قواعد عامة مجردة ، فهى من الناحية الموضوعية تشبه التشريعات العادية التى تصدر عن البرلمان . ولكن تظل اللوائح برغم ذلك نوعاً من القرارات الإدارية لصدورها عن السلطة التنفيذية من حيث الشكل ، وتظل بالتالى قابلة للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإدارى كأى قرار إدارى آخر .

ومن خلال ما سبق يمكن تحديد خصائص اللوائح فيما يلى :

١ — اللوائح تتضمن دائماً قواعد قانونية تتصف بصفة العموم ، فهى قابلة للتطبيق على أفراد غير معينين بذواتهم أى جميع هؤلاء الأفراد الذين تتوافر فيهم شروط تطبيق اللائحة . وليس من المهم عدد هؤلاء الأفراد الذين تنظم اللائحة مركزهم القانونى . فقد يصدر قرار لتنظيم المركز القانونى لموظف إدارى واحد يشغل وظيفة معينة كوكيل وزارة فى إحدى الوزارات ، مع ذلك يكون هذا القرار قراراً لائحياً وليس فردياً طالما أنه يواجه حالة كل شخص يمكن أن يشغل منصب وكيل الوزارة وليس شخصاً بالذات معيناً بالاسم ، فالقرار لائحى لأنه ينظم « المنصب » وكل من يشغله . فالمهم أساساً فى وصف قرار ما بأنه لائحة هو أنه لا يتوجه بأحكامه لفرد أو أفراد محددين بذواتهم وأسمائهم .

٢ — على أنه لا يكفى أن يتعلق القرار بأشخاص أو أفراد محددين بالاسم ، بل يجب أيضاً حتى يكتسب القرار الإدارى وصف اللائحة أن يكون «مجرداً» أيضاً وليس عاماً فقط . ووصف التجريد يعنى أنه يشترط ألا يتعلق القرار بحالة واحدة أو واقعة واحدة فقط وينتهى أثره بتطبيقه عليها ، بل يجب أن يكون القرار اللائحى قابلا للتطبيق على جميع الحالات المماثلة التى يمكن أن تقع بحيث لا يستنفذ القرار بتطبيقه على حالة بذاتها وإنما يبقى سارياً لتنظيم الحالات المستجدة المماثلة التى تقع فى المستقبل . فلو تصورنا قراراً صدر من سلطات الأمن بإنهاء اجتماع عام معين أو بفض مظاهرة بالذات وتفريق المتظاهرين ، فإن هذا القرار رغم أنه ينفذ على أشخاص غير معينين هم جمهور المجتمعين أو المتظاهرين لن يكون قراراً لائحياً ، لأنه ينطبق على حالة فقط أو واقعة فقط بذاتها هى تلك المظاهرة بالذات أو ذلك الاجتماع العام المعين .

وعلى خلاف ذلك تتحقق صفة القرار اللائحى مثلا فى شأن القرارات التى تنظم قبول الطلاب فى كليات الجامعة ، لأن تلك القرارات حينما وضعت كان المقصود منها هو قابليتها للتطبيق وليس فقط عن عام دراسى واحد بل

أيضاً باستمرار وفى السنوات المقبلة فهى لا تواجه حالة بذاتها بل جميع الحالات المستقبلة بجانب الحالية . ولا يمنع من تحقق الوصف اللائحى لمثل تلك القرارات أن تقوم السلطة الجامعية التى أصدرتها بتعديلها أو إلغائها فيما بعد ولو حتى فى العام التالى مباشرة ، إذا ما ثبت فشل تلك القواعد فى التطبيق . لأن المهم هو أنه عند إصدار القرار كان المقصود من خلال عباراته وصياغته هو القابلية غير المحدودة فى التطبيق .

ولنعطى مثالا آخر على شرط التجريد فى القرار اللائحى :

لو تصورنا أن مجلس الجامعة قرر إعطاء سنة استثنائية لعام واحد فقط بالنسبة للطلبة الراسبين للمرة الثانية فى السنة الأولى بكليات الحقوق . فإن هذا القرار وإن كان له وصف العموم لتعلقه بطلاب غير معينين بالذات وبالاسم ، إلا أنه ينقصه وصف التجريد لأنه سوف ينتهى أثره بتطبيقه لعام واحد فقط ، ومن ثم يصبح هذا القرار فردياً ولا يكون لا ئحة أو قراراً لائحياً . أما إذا كان القرار الصادر يتضمن تعديلا مجرداً ودائماً لمركز مثل هؤلاء الطلاب بحيث يصبح الرسوب سنتين متتاليتين فى السنة الأولى جائزا وممكناً بدون فصل ، فإن القرار يكون قراراً لائحياً لأنه يقبل التطبيق فى الزمن لهذا العام وما تليه من أعوام أخرى بدون تحديد .

٣ — ما سبق يمثل معيار القرار اللائحى وهو العموم من ناحية والتجريد من ناحية أخرى ، والقرار اللائحى من هذه الناحية يعتبر قانوناً من الناحية الموضوعية تماماً مثل أى تشريع برلمانى عادى صادر من السلطة التشريعية (أى مجلس الشعب) . فاللائحة باعتبارها تتضمن قواعد عامة مجردة تعتبر تشريعاً لأن كل تشريع يتميز بأنه عام ومجرد .

وإذا كانت اللائحة أو القرار اللائحى يعتبر قانوناً أو تشريعاً من الناحية الموضوعية ، إلا أن اللائحة من وجهة نظر المعيار الشكلى أو العضوى الذى يعتد بالجهة التى أصدرت العمل أو القرار تظل نوعاً من القرارات الإدارية ، فهى تبقى قراراً إدارياً نظراً لصدورها عن سلطة إدارية . ومن ثم فمن الناحية

الشكلية أو العضوية تختلف اللائحة عن القانون أو التشريع البرلمانى الذى يصدر عن السلطة التشريعية .

ويلاحظ أن المعيار الشكلى أو العضوى هو المعيار السائد فى الفقه والقضاء الإدارى للتفرقة بين العمل الإدارى والعمل التشريعى . فقد استقر قضاء مجلس الدولة المصرى مثل مجلس الدولة الفرنسى على أنه تطبيقاً لهذا المعيار الشكلى أو العضوى أن اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية وما يتفرع عنها من سلطات إدارية هى مجرد قرارات إدارية باعتبار مصدرها ، ومن ثم فهى تخضع كلها للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة تماماً مثل القرارات الإدارية الفردية . وذلك على خلاف التشريعات الصادرة من البرلمان أو السلطةالتشريعية فهى تتمتع بحصانة قضائية فلا يجوز الطعن فيها بالإلغاء أو بالتعويض .

وهكذا ، إذا كانت اللائحة تماثل القانون البرلمانى طبقاً للمعيار الموضوعى لأن الاثنين يتضمنان قواعد عامة مجردة . إلا أنه تطبيقاً للمعيار الشكلى تظل اللائحة عملا أو قراراً إدارياً ، لصدورها عن السلطة التنفيذية بينما القانون البرلمانى يعتبر عملا تشريعياً لصدوره عن السلطة التشريعية . وينتج عن ذلك قابلية اللائحة للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإدارى على خلاف الأمر بالنسبة للتشريعات البرلمانية التى لا تقبل ذلك .

٤ — اللائحة باعتبارها قراراً إدارياً عاماً ومجرداً لا يشترط لوجودها أو لتحقق وصفها أن تصدر من مستوى إدارى أو حكومى معين . فإذا كان الدستور ينص على اللوائح الأساسية ويقرر اختصاص رئيس الجمهورية فى إصدارها — وسيأتى بيانها فيما بعد — إلا أن ذلك لا يعنى أن السلطات الحكومية والإدارية الأخرى لا تستطيع قانوناً إصدار قرارات لائحية أخرى ؛ فالواقع أن تلك السلطات تملك أيضاً إصدارها . فمجلس الوزراء يتخذ هو أيضاً قرارات لائحية فى تنظيم أمور الدولة ؛ وكذلك الوزراء فى نطاق تنظيم وزاراتهم ، وأيضاً المحافظون فى محافظاتهم وذلك كله فى إطار القوانين واللوائح الأساسية الصادرة عن رئيس الجمهورية .

إذن فالقرار الإدارى يصبح لائحة متى اكتسب طابع العموم والتجريد أى إذا كان ينظم مراكز قانونية عامة للأفراد أو بعض فئاتهم وبطريقة مجردة ، ولا يهم درجة مستوى السلطة الإدارية التى أصدرت اللائحة رئيس الجمهورية أو أية سلطة أدنى فى نطاق اختصاصها .

ثانياً : القرارات الفردية :

على عكس القرار اللائحى ، القرار الفردى يمس مراكز قانونية شخصية لفرد معين أو أفراد معينين بالذات . فجوهر فكرة القرار الإدارى الفردى أنه يخاطب فرداً بذاته أو مجموعة من الأفراد . وذلك بإنشاء مركز فردى وشخصى أو تعديله أو إلغائه .

ومثال ذلك قرار صادر من سلطة إدارية بتعيين موظف معين أو بترقية ، أو قرار صادر بتوقيع جزاء تأديبى على هذا الموظف أو بإحالته إلى المعاش أو بإنهاء خدمته ، أو أيضاً قرار بمنح رخصة بناء لأحد الأفراد أو برفض منح تلك الرخصة أو قرار صادر بإبعاد أجنبى عن البلاد . وفى الأمثلة السابقة كان القرار يتعلق بفرد واحد فقط . ولكن كما سبق البيان ، يكون القرار فردياً . أما إذا كان يخاطب مجموعة من الأفراد طالما أن القرار يعينهم بالذات أو بالاسم ، مثل قرار بترقية عدد من الموظفين أو القرار الصادر بغلق عدد من المقاهى أو المحال التجارية .

ومن ناحية أخرى ، يكون القرار فردياً كذلك إذا افتقد صفة التجريد أى كان يتعلق بحالة أو واقعة معينة بالذات ، حتى لو كان الأفراد الذين ينطبق عليهم القرار غير قابلين للتحديد فقد سبق أن قلنا بصدد اللوائح أنه لا يكفى لتحقق وصف القرار اللائحى أن يكون عاماً بل يجب أيضاً أن يكون مجرداً أى لا يستنفد ولا ينتهى أثره بتطبيقه على حالة بالذات . ومن ثم — كما سبق البيان — القرار الصادر من سلطات الأمن بفض اجتماع أو بتفريق مظاهرة يعتبر قراراً فردياً وليس لائحياً ، لأنه وإن كان عاماً أى يمس أفراداً غير محددين بالذات ، إلا أنه ليس مجرداً نظراً لانطباقه على حالة معينة

بالذات هى حالة تلك المظاهرة أو ذلك الاجتماع . ومثال ذلك أيضاً القرار الصادر بالقبض على عصابة تسرق السيارات فى منطقة معينة ، فهذا القرار وإن كان يتعلق بأفراد غير محددين بالذات عند إصدار القرار لعدم معرفة أعضاء هذه العصابة ومن يتعاون معها ، إلا أن هذا القرار فردى مع ذلك لتعلقه بواقعة أو حالة معينة بالذات ينتهى أثر القرار عندها ويستنفد . وكذلك نفس الأمر بالنسبة لقرار صادر بمنع المرور فى أحدالشوارع أو القرار بجعل المرور فى اتجاه واحد بدلا من اتجاهين فى شارع معين : هنا أيضاً القرار فردى لتعلقه بحالة شارع أو عدد من الشوارع المعينة بالذات فهو قرار ينقصه صفة التجريد ومن ثم لا يكون لائحياً بل فردياً .

وهكذا نستطيع تلخيص ما سبق على النحو التالى : القرار الإدارى يكون فردياً إذا خاطب أو مس مركز فرد معين أو أفراد محددين ومعينين بالذات وقت إصدار القرار . وهو يكون فردياً كذلك إذا لم يكن مجرداً بأن يكون انطباقه محصوراً ومقصوراً على حالة أو حالات بذاتها . ومن ثم إذا كان القرار اللائحى أو اللائحة يتميز بأنه عاماً ومجرداً ، فإن القرار الفردى على العكس يتحقق فى كل قرار إدارى ينقصه صفة العموم أو صفة التجريد .

وكما قلنا بصدد اللوائح أنها قد تصدر من رئيس الجمهورية السلطة الإدارية الأعلى فى الدولة أية سلطة إدارية أدنى طبقاً للقانون ، كذلك ذات الشىء بالنسبة للقرارات الفردية . فالقرار الفردى قد يصدر من عميد كلية أو مجلس الجامعة أو رئيس مصلحة أو محافظ أو وزير ، بل أيضاً من رئيس الجمهورية نفسه كما فى حالة تعيين موظفى الإدارة العليا أو كما فى حالة فصل الموظفين عن غير الطريق التأديبى فى مصر طبقاً للقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٢ .

وأخيراً ، نشير إلى أن بعض القرارات الفردية قد تصدر من السلطات الإدارية دون طلب مسبق مقدم من الأفراد ، مثل القرار الصادر بنقل موظف أو بترقيته أو بتأديبه ، أو مثل القرار الصادر بنزع ملكية أحد العقارات للمنفعة العامة أو القرار الصادر بالاستيلاء مؤقتاً على هذا العقار

أو أيضاً القرار الصادر بإبعاد أجنبي عن البلاد . ولكن هناك بعض قرارات فردية أخرى لا تصدر إلا بناء على طلب مقدم من الفرد أو الأفراد أصحاب المصلحة فى استصدار هذه القرارات ، مثل جميع القرارات الصادرة بمنح أو رفض رخصة من الرخص ، ومثل القرار بمنح الجنسية ، ومثل القرار الصادر بتعيين موظف أو بقبول استقالته .

أهمية التفرقة بين اللوائح والقرارات الفردية :

إن التفرقة بين اللوائح وبين القرارات الفردية لها أهميتها العملية فى نواحى مختلفة عديدة ، وبالذات فيما يلى :

١ — إن اللائحة أعلى قيمة ومرتبة قانونية من القرار الفردى وذلك من وجهة نظر المعيار الموضوعى الذى يعتد بموضوع أو طبيعة العمل . فالقرار اللائحى يضع قواعد قانونية عامة ومجردة قابلة للتطبيق على أفراد لا حصر لهم وغير معينين ومن ثم فهو أعلى مرتبة بطبيعته من القرار أو القرارات الفردية التى تمس فرداً أو أفراداً معينين بالذات . وينتج عن علو اللائحة على القرار الفردى ، أنه فى نطاق الموضوع أو فى نطاق المراكز القانونية العامة التى تنظمها اللائحة ، يجب أن تحترم القرارات الفردية الصادرة فى نطاق اللائحة القواعد العامة التى وردت فى هذه اللائحة وألا تخالفها ، وإلا أضحت القرارات الفردية المخالفة للائحة غير مشروعة واجبة الإلغاء بواسطة القضاء الإدارى (مجلس الدولة) . فمثلا لو صدرت لائحة تنظم قواعد قبول الطلاب فى الكليات الجامعية ، فعلى السلطات الجامعية فى الجامعات والكليات أن تلتزم بما نصت عليه هذه القواعد فى قراراتها الفردية التطبيقية فى شأن قبول الطلبة ، فلا يجوز مثلا لكلية الحقوق أو كلية الهندسة أن تقبل بعض الطلبة الذين لا تتوافر فيهم الشروط التى قررتها قواعد هذه اللائحة ، كما لا يجوز أيضاً استبعاد بعض الطلبة أو رفض قبولهم برغم توافر شروط القبول التى حددتها اللائحة والقواعد التى تضمنتها .

مثال آخر : لو أصدر مجلس إدارة هيئة من الهيئات العامة لائحة فى شأن موظفيها تتضمن تحديد نسب معينة للترقية بالأقدمية أو بالاختيار ، فلا يجوز

لرئيس مجلس الإدارة أو نفس المجلس الذى أصدر اللائحة أو من باب أولى أية سلطة أدنى إصدار قرارات فردية بترقيات بعض الموظفين على خلاف هذه النسب التى تضمنتها اللائحة .

وعلو اللائحة على القرارات الفردية التطبيقية يتحقق دائماً وبصورة مطلقة . فاللائحة تقيد القرارات الفردية التطبيقية حتى ولو كانت السلطة الإدارية التى أصدرت اللائحة هى نفس السلطة التى أصدرت القرار الفردى ، بل أكثر من ذلك حتى لو صدرت اللائحة من سلطة إدارية أدنى فلا يجوز للسلطة الإدارية الأعلى منها أن تخالف القواعد التى قررتها اللائحة . فعلو اللائحة على القرار الفردى هو إذن مطلق دون اعتبار لمستوى أو درجة السلطة التى أصدرت اللائحة ودرجة ومستوى السلطة التى أصدرت القرار الفردى .

٢ — اللائحة باعتبارها تتضمن قواعد عامة مجردة لتنظيم مراكز قانونية عامة فهى لا ترتب بذاتها حقوقاً مكتسبة للأفراد ، أما القرار الفردى فهو المجال أو الإطار الطبيعى لترتيب الحقوق المكتسبة لأن القرار الفردى يتعلق بفرد أو أفراد معينين بالذات . وينتج عن ذلك أن اللائحة يجوز دائماً تعديلها أو حتى إلغاؤها فى أى وقت من جانب السلطة الإدارية التى اتخذتها ، ولا يجوز للأفراد الخاضعين للائحة السابقة التمسك بأى حق فى الإبقاء على اللائحة التى تم تعديلها أو إلغاؤها . أما القرار الفردى فهو إذا صدر سليما ورتب حقاً أو حقوقاً لفرد أو عدد من الأفراد فهو لا يجوز إطلاقاً سحبه بأثر رجعى أو إلغاؤه بالنسبة للمستقبل . فى المثال السابق بخصوص لائحة تم تعديلها أو إلغاؤها إذا كان ذلك جائزاً ، إلا أنه لا يجوز سحب أو إلغاء القرارات الفردية التى سبق صدورها تطبيقاً للائحة القديمة طالما أن تلك القرارات الفردية قد أعطيت مزايا إيجابية للأفراد . فلو كانت اللائحة التى تم تعديلها أو إلغاؤها هى مثلا اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين بالدولة ، فلا يجوز المساس بالقرارات الفردية السابق صدورها بتعيين موظف أو بترقيته تطبيقاً للائحة السابقة .

٣ — اللائحة باعتبارها تضع قواعد عامة مجردة تقبل التطبيق الغير محدود ،

يجوز الدفع بعدم مشروعيتها أمام القضاء الإدارى (مجلس الدولة) فى كل وقت ، أى حتى بعد انقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء (وهو ستون يوماً من تاريخ نشر اللائحة) . أما القرار الإدارى الفردى الغير مشروع فهو يتحصن بفوات ميعاد الطعن بالإلغاء (ستون يوماً من تاريخ إعلانه أو نشره) بحيث لا تجوز مناقشة مشروعيته أو عدم مشروعيته بأى حال بعد انقضاء هــذا الميعــاد .

وتبدو الأهمية العملية لهذا الفارق بين اللائحة والقرار الفردى فى الفرض التالى :

لو تصورنا صدور لائحة مخالفة للقانون ثم انقضى ميعاد الطعن فيها بالإلغاء بمرور ستين يوماً على نشرها بدون طعن . وحدث بعد ذلك أن أصدرت جهة الإدارة قراراً فردياً تطبيقاً لهذه اللائحة المخالفة للقانون أى الغير مشروعة . فهنا إذا طعن الفرد صاحب المصلحة بالإلغاء ضد هذا القرار الفردى وكان طعنه أثناء الميعاد المحدد للطعن ، فإنه يجوز للطاعن فى القرار أن يدفع بعدم مشروعية اللائحة التى تأسس عليها القرار الفردى ، والطاعن فى ذلك يريد استبعاد تطبيق اللائحة غير المشروعية عليه وإلغاء القرار الفردى الصادر تطبيقاً لها نتيجة لذلك . وقد استقر القضاء الإدارى على قبول الدفع بعدم مشروعية اللائحة فى هذه الحالة برغم فوات ميعاد الطعن فيها بالإلغاء، لأن اللائحة إذا كان لم يعد ممكناً إلغاؤها برغم مخالفتها للقانون نظراً لفوات الميعاد، إلا أنها باعتبارها تتضمن قواعد عامة تجعلها قابلة للتطبيق ، فإن القضاء الإدارى أراد أن يجنب الأفراد مخاطر التطبيقات الفردية لهذه اللائحة غير المشروعة . فقبل الدفع بعدم مشروعيتها ويكون أثر الدفع هو استبعاد تطبيقها وإلغاء القرار الفردى الذى صدر تطبيقاً لها ومن ثم فإذا بقيت اللائحة نظرياً ، إلا أنها عملا تظل معطلة التطبيق بفضل الدفع بعدم المشروعية الممكن إبدائه فى كل وقت .

أما القرار الفردى كما قلنا ، فلأنه يتعلق بمركز شخصى لفرد معين فهو يتحصن دائماً بفوات ميعاد الطعن فيه بالإلغاء ويصبح كالقرار المشروع سواء

بسواء .

المبحث الرابع

أنواع اللوائح الإدارية

قلنا أن اللائحة من الناحية الموضوعية مثل القانون أو التشريع البرلمانى من حيث إنها تتضمن قواعد عامة مجردة ، ولهذا تسمى اللائحة أحياناً بالتشريع الفرعى . ولكن من الناحية الشكلية أى من حيث الجهة مصدر العمل القانونى ، تعتبر اللائحة عملا إدارياً أو بالأحرى قراراً إدارياً من حيث الشكل واللائحة كالقرار الإدارى الفردى من ناحية مصدر العمل أو الجهة التى اتخذته . فاللائحة كالقرار الفردى يصدران عن الإدارة أو السلطة التنفيذية ، ومن ثم يقبلان الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإدارى (مجلس الدولة) . أما القانون البرلمانى فهو يعتبر من حيث المعيار الشكلى عملا تشريعياً يصدر عن السلطة التشريعية التى تجمع ممثلى الشعب ، ومن ثم فهو لا يقبل الطعن بالإلغاء أو بالتعويض ، باستثناء رقابة دستورية القوانين التى تتولاها المحكمة الدستورية العليا .

ولنتسائل الآن عن أنواع اللوائح الإدارية التى تصدر عن السلطة التنفيذية .

هناك خمسة أنواع أساسية من اللوائح الإدارية نص عليها دستور ١٩٧١ وأعطى الاختصاص بإصدارها إلى رئيس الجمهورية وهذه اللوائح هى : اللوائح التنفيذية — لوائح الضبط أو البوليس — اللوائح التنظيمية — لوائح الضرورة — وأخيراً اللوائح التفويضية . ونعالج هذه الأنواع تباعاً :

أولا : اللوائح التنفيذية :

وقد نص عليها دستور مصر لعام ١٩٧١ فى المادة ١٤٤ التى قضت بأنه « يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره فى إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه » .

واللوائح التنفيذية هى أهم وأشهر اللوائح الإدارية على الإطلاق ، إذ

تبدو فيها الصفة التنفيذية للسلطة الحكومية والإدارية . ويقصد بها اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية بقصد وضع التفصيلات والجزئيات أو الإجراءات العملية من أجل تنفيذ القوانين . فالقانون — أى قانون — يتضمن عادة الأحكام العامة والقواعد الكلية ، ويترك للسلطة التنفيذية وضع القواعد التفصيلية الضرورية لوضع القانون موضع التطبيق الفعلى ، وحكمة ذلك أن السلطة التنفيذية بحكم خبراتها العملية وتمرسها على المشاكل العملية أقدر من المشرع أو السلطة التشريعية فى مواجهة إجراءات وقواعد التنفيذ .

والأصل أن معظم القوانين — نتيجة لهذه الحكمة — تحتاج لإصدار لوائح تنفيذية ، ولكن على سبيل الإستثناء قد يكون القانون قابل للتنفيذ بذاته حالا ومباشرة بدون حاجة لإصدار لائحة تنفيذية . وفى حالة إلغاء قانون من القوانين وإحلال قانون آخر محله ينظم نفس الموضوع من جديد . فيحدث عادة إلى أن يتم إصدار اللائحة التنفيذية للقانون الجديد ، أن يستمر العمل باللائحة التنفيذية القديمة للقانون الملغى ، ولكن فقط فيما لا يتعارض مع الأحكام والقواعد التى قررها القانون الجديد . ومثال ذلك أللائحة التنفيذية لقانون موظفى الدولة رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ فى مصر ، فقد استمر العمل بها فى ظل القانونين اللاحقين للعاملين المدنيين بالدولة الصادرين فى عام ١٩٦٤ ، ١٩٧١ . وكان المشرع يحرص فى هذين القانونين السابقين على أن ينص صراحة على أن سريان هذه اللائحة التنفيذية القديمة يكون فقط بالقدر والحدود التى لا تتعارض فيها أحكامها مع القواعد الجديدة التى قررها المشرع فى هذين القانونين . والآن يحكم العاملين المدنيين بالدولة قانون جديد آخر رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ ، الذى صدرت لائحته التنفيذية ومن ثم لم يعد للائحة التنفيذية للقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ أى نفاذ أو وجود .

واللوائح التنفيذية بحكم تعريفها باعتبارها تضع الجزئيات اللازمة لتنفيذ القوانين ، وأيضاً بحكم نص المادة ١٤٤ من الدستور ، ليس لها أن تعدل من قواعد هذه القوانين بإضافة أحكام وشروط جديدة لا تتضمنها ، كما أنه

لا يجوز للوائح التنفيذية أن تعطل تنفيذ تلك القوانين أو تعفى بعض الأفراد من الخضوع إليها .

وأخيراً ، على عكس الأنواع الأخرى للوائح الإدارية والتى قرر الدستور كما سنرى إختصاص رئيس الجمهورية وحده فى إصدارها . يقرر دستور ١٩٧١ فى المادة ١٤٤ السابق الإشارة إليها أنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يفوض غيره فى إصدار اللوائح التنفيذية . أى له أن يفوض فى ذلك رئيس مجلس الوزراء أو أحد نواب رئيس مجلس الوزراء أو أية سلطة إدارية أخرى . كذلك تقرر المادة السابقة أنه يجوز أن يحدد أو يعين قانون من القوانين سلطة حكومية أو إدارية بالذات لإصدار لائحته التنفيذية ، كأن يحدد القانون سلطة إصدارها فى شخص الوزير الذى يتصل القانون بحكم موضوعه مباشرة بشئون وزارته .

ثانياً — لوائح الضبط أو البوليس :

وهذه اللوائح قد نص عليها الدستور المصرى فى المادة ١٤٥ التى حددت سلطة إصدارها فى رئيس الجمهورية وحده مثل الأنواع التالية للوائح الإدارية ، وعلى خلاف اللوائح التنفيذية كما بينا . ولوائح الضبط أو البوليس بحكم اسمها تتضمن قواعد عامة ملزمة للافراد ومقيدة فى بعض الحدود لحقوقهم وحرياتهم ، بغرض المحافظة على النظام العام بمدلوله الواسع . أى بغرض المحافظة على الأمن العام — والصحة العامة — والسكينة العامة .

ومن أمثلة لوائح الضبط أو البوليس بهذا المعنى ، لوائح المرور ، واللوائح الخاصة بالمحلات الخطرة أو المقلقة للراحة ، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والمطاعم والمحال التى تبيع المواد الغذائية وكذلك اللوائح المتعلقة بالمحافظة على الصحة العامة للمواطنين فى الظروف العادية ، أو فى الظروف الإستثنائية حيث يوجد خطر بانتشار وباء أو مرض شديد .

ولوائح الضبط تتضمن عقوبات على من يخالف أحكامها ، ولكن

يشترط ألا تزيد تلك العقوبات عن عقوبة المخالفة التى هى أبسط وأقل العقوبات الجنائية .

وعادة يطلق الفقه اسم « اللوائح المستقلة » على لوائح الضبط أو البوليس ، وكذلك على اللوائح التنظيمية التى سنتعرض لها فى الفقرة التالية . وحكمة هذه التسمية هى أن تلك اللوائح بنوعيها لا تستند عادة إلى قانون سابق صادر من البرلمان ، على خلاف اللوائح التنفيذية . ويقال عادة أن السلطة التنفيذية بحكم إتصالها بالواقع العملى اليومى وبالذات بحكم وظيفتها فى حماية الضبط والنظام العام هى لأقدر على تنظيم هذه المسائل من المشرع العادى.

ولكن يجب أن نتحفظ فى هذا الشأن ، ولا نقبل هذا القول على إطلاقه كمبدأ عام . إذ أنه يجب أن نلاحظ من ناحية أولى أنه فى ظل نظامنا الدستورى المصرى ، ليس هناك أى قيد يرد على سلطة المشرع أو على السلطة التشريعية . فيجوز لمجلس الشعب طبقاً للدستور أن يشرع فى أى مجال من المجالات ، حتى مجالات لوائح الضبط أو حتى اللوائح التنظيمية التى يسميها الفقه باللوائح المستقلة . فنحن لسنا مثل فرنسا حيث يتضمن دستورها الحالى لعام ١٩٥٨ تحديد مجالات معينة للسلطة التشريعية لا يجوز أن تشرع فى غيرها ، وبحيث تكون تلك المجالات الأخرى من إختصاص السلطة التنفيذية وحدها بمقتضى لوائح تصدرها .

كذلك يجب أن نلاحظ من ناحية ثانية ، أن دستورنا الحالى لعام ١٩٧١ — مثل أهم الدساتير السابقة — قد نص فى شأن بعض الحقوق والحريات العامة الأساسية ، أنه لا يمكن تقييدها إلا بقانون صادر من السلطة التشريعية أى مجلس الشعب . ومن ثم لا يجوز دستوريا أن تصدر هذه القيود بمقتضى لوائح ضبط من عمل السلطة التنفيذية وبدون الاستناد إلى قانون سابق . ومن أمثلة هذه الحقوق والحريات الأساسية التى لا يجوز تقييدها إلا وفقاً للقانون وحده ، الحرية الشخصية بما تتضمنه من حق إلا من وحرمة المسكن وحرمة المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وحرية التنقل ، وكذلك حرية الرأى وحرية التعبير عن هذا الرأى بأية وسيلة من والسائل أو الصور ، وكذلك حرية الصحافة والمطبوعات ووسائل الإعلام ، وأيضاً حرية

الإجتماعات العامة ، وحرية تكوين الجمعيات بما فيها الأحزاب السياسية ، وأخيراً حرية تكوين النقابات والاتحادات . فطبقاً للدستور لا يجوز تقييد هذه الحريات الأساسية مباشرة وبنا على لوائح ضبط مثلا ، فالدستور يتطلب أن ينظم القانون البرلمانى نفسه هذه القيود .

ثالثاً : اللوائح التنظيمية :

وقد نص عليها الدستور فى المادة ١٤٦ التى قررت أنه « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة » .

ويلاحظ أن الدستور يسميها قرارات ، أى أنه لا يحدد صراحة وصف اللوائح بالنسبة لها ، ونحن نعرف أن القرارات بوجه عام قد تكون فردية أو لائحية . فكأن المشرع الدستورى لم يشأ اختيار نوع بذاته من نوعى القرارات الإدارية . ومع ذلك فالثابت أن هذه القرارات التنظيمية للمرافق والمصالح العامة هى لوائح بالتأكيد ، لأنها تتضمن قواعد عامة مجردة ، ولا يخل من تجريدها أنها تواجه مرفقاً أو مصلحة أو وزارة بالذات ، لأن المقصود هو وضع قواعد عامة ومجردة من حيث أنها تواجه مختلف حالات عمل أو نشاط المرفق أو المصلحة أو الوزارة .

ومن أمثلة هذه اللوائح ألتنظيمية ذلك القرار الجمهورى الصادر بإنشاء وتنظيم وزارة جديدة أو تعديل تنظيم وزارة قائمة ، أو أيضاً القرار الجمهورى ألصادر بتنظيم أو إنشاء وتنظيم مصلحة أو إدارة من المصالح أو الإدارات العامة التابعة لإحدى الوزارات .

ويلاحظ أن حق رئيس الجمهورية فى إنشاء وتنظيم الهيئات العامة التى تتمتع بشخصية معنوية مستقلة قانوناً عن شخصية الدولة ، هذا الحق يستمده رئيس الجمهورية ليس من نص المادة ١٤٦ من الدستور الخاصة باللوائح التنظيمية ، وإنما يستمده من نص المادة الأولى من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ .

وأخيراً نشير إلى أن اللوائح التنظيمية يصدرها رئيس الجمهورية وحده

طبقاً لنص المادة ١٤٦ من الدستور . لكن هذا لا يعنى حرمان الوزراء من أية سلطة فى إصدار لوائح لتنظيم العمل فى وزاراتهم . والأمر يتم عادة على النحو التالى : اللوائح التنظيمية الأساسية تصدر عن رئيس الجمهورية مثل القرار الجمهورى بتنظيم إحدى الوزارات ، وفى إطار القواعد التنظيمية الأساسية يكون من حق الوزير — باعتباره الرئيس الإدارى الأعلى فى وزارته — تكملة هذا التنظيم العام بقواعد تنظيمية تفصيلية ، ولكن بعد أخذ رأى الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة . وذلك تطبيقاً للمادة الثامنة من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ ، التى تنص على أن « تضع كل وحدة هيكلا تنظيمياً لها يعتمد من السلطة المختصة بعد أخذ رأى الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة » .

رابعاً : لوائح اضرورة :

يلاحظ أن الدستور الدائم اليمنى لعام ١٩٧٠ لم ينص صراحة على اللوائح السابقة : التنفيذية والتنظيمية ولوائح الضبط أو البوليس ؛ وهذا فى رأينا فراغ دستورى يجب تلافيه بالنص عليها صراحة ، ولكن حتى مع صمت الدستور ترى اختصاص رئاسة الجمهورية بإصدارها تطبيقاً للمبادىء العامة الدستورية المستقرة فى كل البلاد . ولكن الدستور الدائم اليمنى واجه بالنص الصريح حالة لوائح الضرورة ، وذلك فى المادة ٨٨ التى نصت كما يلى : —

« إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الشورى ، أو فى فترة حله ما يوجب الإسراع فى إتخاذ قرارات لا تحتمل التأخير جاز للمجلس الجمهورى (رئيس الجمهورية الآن) أن يتخذ فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ، على أن لا تكون مخالفة للدستور أو التقديرات المالية الواردة فى قانون الميزانية ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشورى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، وفى أول إجتماع له فى حالة الحل أو إنتهاء الفصل التشريعى فإذا لم تعرض زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ تنفيذها بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك . أما إذا عرضت ولم

يقرها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ رفض إقرارها مع تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر » .

ونستنتج من هذا النص ما يلى :

١ — أن لوائح الضرورة يصدرها رئيس الجمهورية مثل القاعدة العامة فى اللوائح الإدارية (المجلس الجمهورى فى الدستور الدائم) .

٢ — أن هذه اللوائح تصدر أثناء غيبة مجلس الشورى صاحب السلطة التشريعية . وكل صور الغيبة واردة : أما أثناء عطلة البرلمان السنوية أى فيما بين أدوار الانعقاد ، وأما فى حالة حل البرلمان أو وقف جلساته .

٣ — أن قرارات المجلس الجمهورى أو رئيس الجمهورية فى هذا الشأن « لها قوة القانون » وهذا يعنى أن لوائح الضرورة تستطيع أن تعدل أو تلغى بعض أو عدد من النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان . وهذا هو ما يميز لوائح الضرورة — وكذلك أللوائح التفويضية كما سيجىء عن بقية اللوائح الإدارية .

٤ — نظراً لما لهذه اللوائح من قوة القانون وقدرتها — بناء على ذلك — على تعديل أو إلغاء نصوص القوانين . لابد من اعتماد البرلمان وموافقته عليها ، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون . كذلك يجب عرضها على البرلمان فى ميعاد محدد هو خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان مجلس الشورى قائماً ، وفى أول إجتماع له فى حالة حل المجلس أو وقف جلساته .

هذا ويلاحظ أن الدستور المصرى الحالى لعام ١٩٧١ قد واجه لوائح الضرورة فى المادة ١٤٧ .

وتثير لوائح الضرورة مشكلة قانونية تتمثل فى مدى خضوع هذه أللوائح لرقابة القضاء الإدارى أى رقابة مجلس الدولة فى مصر ؟

والمشكلة لا تثور بعد إعتماد البرلمان (مجلس الشورى) وموافقته لأن لوائح الضرورة تصبح **بعد اعتماد البرلمان** قوانين برلمانية . والقوانين لا تخضع لرقابة مجلس الدولة بالإلغاء أو التعويض .

ولكن تثور المشكلة فى الفترة ما بين إصدارها من رئيس الجمهورية وقبل إعتمادها من مجلس الشورى . فى هذه المرحلة التى تصدر فيها فى ظروف الضرورة يقول الدستور أن لهذه اللوائح قوة ألقانون . ورأينا أثر ذلك فى إمكانية تعديلها للنصوص القانونية القائمة ، ولكن هل هذا يعنى أن لوائح الضرورة أصبحت فى مرتبة وقيمة القانون من حيث تدرج القواعد القانونية ، وأصبحت تتمتع بالتالى بما للقانون البرلمانى من حصانة ؟

رفض مجلس الدولة المصرى أن يعترف للوائح الضرورة بحصانة قضائية تمنعه من رقابتها . فقد استقر مجلس الدولة على أن لوائح الضرورة تبقى من حيث المعيار الشكلى عملا إدارياً وليس عملا تشريعياً صادراً عن البرلمان ، ومن ثم فإن هذه اللوائح — مثل أى عمل إدارى آخر — تقبل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإدارى (١) . وقد أستقر هذا القضاء فى شأن المراسيم بقوانين الصادرة بناء على المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ المصرى . ونظراً لأن المادة ١٤٧ الحالية تقابل تماماً المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ ، لأن المادتين تواجهان لوائح الضرورة ، لذلك فان قضاء مجلس الدولة يكون قابل للتطبيق والنفاذ بالنسبة للقرارات **بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية** بناءعلى الماده ١٤٧ من الدستور .

خامساً : اللوائح التفويضية :

وهى أيضاً قرارات بقوانين يصدرها رئيس الجمهورية ، لكن ليس فى غيبة مجلس الشعب أو البرلمان كما هو الشأن فى لوائح الضرورة ، بل يصدرها بناء **على تفويض مجلس الشعب أو البرلمان** .

(١) فى أحد أحكام محكمة القضاء الإدارى القاطعة فى هذا الشأن تقول المحكمة « أن المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ صدر من السلطة التنفيذية بمقتضى المادة ٤١ من الدستور ، ولا شك فى أن هذا المرسوم يعتبر من ناحية مصدره — وهى الناحية التى يعتد بها وحدها فى تحديد مدى رقابة القضاء — قراراً إدارياً يخضع لرقابة هذه المحكمة خضوع سائر القرارات التنظيمية منها والفرديه . فإذا كان باطلا كان على المحكمة أن تقضى بإلغائه عند رفع الدعوى الأصلية وأن تمتنع عن تطبيقه عند الدفع بالبطلان مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى ، السنة السادسة ، بند ٥٦٨ ص ١٢٦٦ . انظر أيضاً الحكم المنشور بنفس المجموعة ، السنة السادسة ، بند ٥٨٧ ، ص ١٣٥٧ .

ولم يتضمن الدستور اليمنى الدائم النص عليها على خلاف الدستور المصرى . ففى مصر ، نظمت المادة ١٠٨ من الدستور اللوائح التفويضية بقولها « لرئيس الجمهورية ، عند الضرورة ، وفى الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد إنتهاء مدة التفويض . فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها ، زال ما كان لها من قوة القانون » .

ونخلص من هذه المادة ١٠٨ إلى ما يأتى :

١ — أن اللوائح التفويضية تصدر عن رئيس الجمهورية فى شكل قرارات جمهورية .

٢ — قبل صدورها عن رئيس الجمهورية لابد من « قانون التفويض » الذى يصدر من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه ، ويحدد موضوعات هذه القرارات الجمهورية والأسس التى تقوم عليها .

٣ — أن القرارات الجمهورية بناء على التفويض أو قانون التفويض يكون لها قوة القانون ، حتى قبل إعتمادها من مجلس الشعب ، تماماً مثل لوائح الضرورة . ومن ثم فهذه القرارات الجمهورية تسمى « قرارات بقانون أو بقوانين » . ونظراً لما لها من قوة القانون ، فهى تستطيع تعديل أو إلغاء أى نص قانونى فى أى قانون برلمانى .

٤ — وأخيراً ، يجب عرض هذه اللوائح التفويضية أو القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية ، يجب عرضها على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد إنتهاء مدة التفويض . ويزول ما كان لها من قوة القانون إذا لم يتم عرضها فى هذا الميعاد أو عرضت ولم يقرها البرلمان .

وبرغم أن اللوائح التفويضية حتى قبل إقرارها من البرلمان تتمتع بقوة القانون ، أى أن لها أن تعدل أو تلغى نصوصاً تشريعية قائمة ، إلا أنها تبقى مع ذلك مجرد نوع من القرارات الإدارية تطبيقاً للمعيار الشكلى الذى يرجع إليه وحده للتمييز والتفرقة بين العمل الإدارى والعمل التشريعى .

فقد أستقر قضاء مجلس الدولة فى فرنسا وكذلك فى مصر (١) على أن اللوائح التفويضية قبل إعتمادها أو إقرارها من البرلمان تعتبر مجرد أعمال إدارية نظراً لأن جهة إصدارها هى السلطة التنفيذية (المعيار الشكلى) ، ومن ثم فهى تقبل الطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة بوصفه قضاءا إدارياً .

هذا ويلاحظ أنه بالنسبة للجمهورية العربية اليمنية ، نظراً لأن الدستور الدائم لم ينص على إمكانية تفويض مجلس الشورى لرئيس الجمهورية (أو رئيس المجلس الجمهورى) للتشريع فى مسألة ما ، فانه لا يجوز إذن إجراء هذا التفويض .

---

(١) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٠ / ١٢ / ١٩٥٤ ، مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة القضاء الإدارى ، السنة التاسعة ص ١٩٥٢ . وانظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٩ / ٦ / ١٩٦٨ ، مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة الثالثة عشر ص ١١٢٦ .

الفصل الثاني

العقــود الإدارية

سبق أن قلنا إن الأعمال القانونية للإدارة أو للسلطات الإدارية ، إما تكون قرارات إدارية وهى أعمال قانونية صادرة بالإرادة المنفردة للإدارة وإما أن تكون عقوداً إدارية وهى أعمال قانونية شارك فى صنعها قانوناً إرادتان متكاملتان ، إرادة الإدارة وإرادة الفرد المتعاقد مع الإدارة . فالعقود الإدارية تقوم إذن على فكرة التراضى والتقاء الإرادتين أى إرادة كل من طرفى العقد ، والعقد الإدارى لا يختلف فى هذا العنصر الجوهرى عن العقد المدنى بين الأفراد أنفسهم .

لكن ليس كل عقد تبرمه الإدارة مع فرد أو هيئة خاصة يعتبر حتما وبالضرورة عقداً إدارياً . فى الواقع الأصل العام فى عقود الإدارة العامة أنها عقود إدارية تخضع بهذه الصفة لأحكام القانون الإدارى ، التى تختلف عن القانون المدنى والقواعد التى تضمنها بالنسبة لعقود الأفراد فيما بينهم .

غير أنه إلى جانب هذا الأصل العام أى بجانب العقود الإدارية قد تبرم السلطات الإدارية عقوداً مدنية خاصة أى غير إدارية ، تماماً مثل أى عقد مدنى أو تجارى بين فرد وفرد آخر . فقد تستأجر الإدارة أحد العقارات أو الشقق بعقد إيجار مدنى عادى أو قد تبيع بعض محاصيل مزرعة خاصة تابعة للدولة (من أموال الدولة الخاصة) . وهذه العقود المدنية أو الخاصة للإدارة لا تعتبر عقوداً إدارية بالمعنى الدقيق ولا ينطبق عليها كأصل عام النظام القانونى للعقد الإدارى طبقاً للقانون الإدارى ؛ وإنما ينطبق عليها القانون المدنى وقواعده الموضوعية .

وما يهمنا فى دراستنا هنا هى طائفة العقود الإدارية بالمعنى الصحيح ، أى تلك التى تخضع لأحكام القانون الإدارى ، والتى تخضع أيضاً وفى ذات

الوقت لإختصاص مجلس الدولة كقضاء إداري عند تحقق منازعة بشأن العقد . وفى شأن العقود الإدارية سيظهر لنا مثال بليغ على الدور الإنشائى أو الخلاق للقضاء الإدارى فى فرنسا ومصر أى من ناحية إبتداع قواعد ونظريات العقود الإدارية ، وذلك على نحو يتلاءم مع ضرورات المرافق العامة ومصلحة الأفراد المتعاقدين مع الإدارة . فالقواعد التى تحكم العقود الإدارية بعضها مصدرها التشريع ، ولكن كثيراً منها مصدره مبادىء الأحكام القضائية التى إستقر عليها مجلس الدولة الفرنسى أو المصرى .

وفيما يلى سندرس المباحث التالية :

المبحث الأول : معيار العقد الإدارى .

المبحث الثانى : أمثلة لأهم العقود الإدارية .

المبحث الثالث : النظام القانونى للعقد الإدارى .

المبحث الرابع : اختصاص مجلس الدولة بمنازعات العقود الإدارية .

المبحث الأول

معيـــار العقـــد الإدارى

من المهم أن نعرف متى يكون العقد الذى تبرمه الإدارة عقداً إدارياً . لأن ليس كل عقود الإدارة لها صفة العقود الإدارية حيث أن الإدارة — كما قلنا — يمكن أن تبرم عقوداً مدنية تخضع للقانون المدنى . وأهمية التفرقة بين العقود الإدارية وعقود الإدارة المدنية هى أنه من ناحية أولى تخضع العقود الإدارية لنظام قانونى ينتمى للقانون الإدارى والقانون العام ، بينما تخضع العقود المدنية عموماً ومنها عقود الإدارة المدنية لقواعد القانون المدنى والقانون الخاص ومن ناحية ثانية ، تخضع العقود الإدارية عند حدوث منازعات بشأنها لإختصاص مجلس الدولة أى القضاء الإدارى ، بينما تخضع المنازعات المتولدة عن العقود المدنية لمحاكم القضاء العادى .

ما هو إذن معيار التفرقة أو التمييز بين العقد الإدارى والعقد المدنى ؟

فى سبيل بحثنا عن هذا المعيار يجب أن نتجه إلى أحكام مجلس الدولة المصرى الذى أنشئ منذ عام ١٩٤٦ ليكون بمثابة جهة قضائية لمنازعات الإدارة مع الأفراد . والذى أصبح الآن ومنذ القانون الحالى للمجلس رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ القضاء الإدارى صاحب الولاية العامة أو الاختصاص العام فى سائر المنازعات الإدارية (قبل قانون ١٩٧٢ الحالى كان اختصاص مجلس الدولة القضائى محدداً فى مسائل معينة على سبيل الحصر ومن بينها العقود الإدارية) (١) .

وكان من الطبيعى أن يقوم مجلس الدولة المصرى بوضع معيار محدد يتضمن شروطاً معينة إذا توافرت فى عقد من عقود الإدارة أصبح هذا العقد عقداً إدارياً . يختص بالفصل فى منازعاته كجهة قضاء إدارى . ويطبق عليه أحكام القانون الإدارى . وعلى العكس إذا لم يتحقق لديه توافر شروط هذا المعيار فإنه — أى مجلس الدولة — يقضى بعدم اعتبار العقد إدارياً بل مدنياً وعدم اختصاصه كجهة قضاء إدارى بالفصل فى المنازعة الناشئة عنه نتيجة لذلك .

ومن خلال أحكام مجلس الدولة المصرى . نجد أن المعيار المستقر للعقد الإدارى هو معيار يتضمن شروطاً ثلاثة يجب توافرها جميعاً . بحيث إذا تخلف واحد منها فقط لا يصبح العقد إدارياً بل عقداً مدنياً أو من عقود القانون الخاص . وهذه الشروط الثلاثة هى على التوالى : أن يكون أحد

---

(١) عند إنشاء مجلس الدولة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٦ لم يرد ذكر العقود الإدارية بين المسائل التى تدخل فى اختصاص مجلس الدولة القضائى . وعندما ألغى قانون عام ١٩٤٦ وحل محله القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ تدارك المشرع هذا النقص وقرر فى المادة الخامسة على اختصاص محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد . فالاختصاص كان قاصراً على هذه العقود الثلاثة وحدها . ولكن المشرع فى قانون مجلس الدولة التالى رقم ١٦٥ لسنةلسنة١٩٥٥ نص فى المادة العاشرة على اختصاص مجلس الدولة فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أى عقد إدارى آخر . أى أصبح الاختصاص شاملا لجميع العقود الإدارية . وورد نفس النص فى القوانين اللاحقة ، أى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ والقانون الحالى رقم ٧ لسنة ١٩٧٢ .

طرفى العقد شخصاً معنوياً عاماً . وأن يتعلق بالعقد بإدارة مرفق عام — وأخيراً أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص. ولنتناول بالتفصيل هذه الشروط الثلاثة التى تكون فى مجموعها معيار العقد الإدارى :

١ — أن يكون أحد طرفى العقد شخصاً من أشخاص القانون العام :

وهذا شرط أولى وبديهى فى المعيار . فلكى يعتبر العقد إدارياً يجب بادئ ذى بدء أى قبل كل شىء أن يكون أحد الطرفين المتعاقدين شخصاً معنوياً له وصف الشخص العام . وأشخاص القانون العام هم أولاً الدولة التى تمثلها الوزارات والإدارات والمصالح التابعة لها. وغير الدولة هناك الأشخاص العامة المحلية وهى المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى ، وأخيراً الأشخاص العامة المرفقية مثل الهيئات العامة ونقابات المهن الحرة والغرف التجارية .

وينتج عن هذا الشرط الأول ، أن العقود التى يكون أطرافها جميعاً من أشخاص القانون الخاص (أفراد — شركات — جمعيات — نوادى — نقابات — مؤسسات خاصة) ، فإن هذه العقود لا تكتسب أبداً صفة العقود الإدارية حتى لو تصورنا أن موضوع العقد تعلق بمرفق عام وحتى لو كان أحد طرفيه هيئة خاصة تخضع لرقابة قوية من الدولة .

ومع ذلك ، فى حالة استثنائية واحدة فقط يمكن أن يكون العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص عقداً إدارياً : وهى حالة ما إذا كان أحد طرفى هذا العقد قد أبرم العقد ليس لحسابه الخاص وإنما لحساب شخص معنوى عام ، فهنا يعتبر العقد إدارياً على أساس أن المتعاقد الخاص كان بمثابة وكيل عن الشخص العام . والأمر كما نرى ليس استثناء حقيقياً لأن العقد فى النهاية لن يرتب آثاره فى ذمة المتعاقد الخاص وإنما سيرتبها إيجاباً أو سلباً فى ذمة الشخص العام الذى أبرم العقد لحسابه . وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها بقولها أنه ولئن كان من البديهى أن العقد الذى لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود

الإدارية ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو فى الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها ، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإدارى إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التى يقوم عليها معيار تمييز العقد الإدارى . ومن حيث أنه متى كان الثابت مما تقدم أن شركة شل فى العقدين موضوع النزاع إنما تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة ، ومتى كان لا نزاع فى أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وفى أنهما اتبعت فيهما وسائل القانون العام ، ومتى كان الأمر كذلك فإن العقدين المشار إليهما بناء على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية وبهذه المثابة فإن مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى يختص دون غيره بنظر هذه المنازعات الخاصة بهما (حكم بتاريخ ٧-٣-١٩٦٤) .

٢ — أن يتعلق العقد بادارة مرفق عام :

هذا الشرط الثانى الضرورى يتحصل فى أن موضوع العقد يجب أن يتصل بمرفق عام . وحكمة هذا الشرط أن ضرورات أو مقتضيات المرافق العامة وسيرها بانتظام واضطراد هى التى تبرر النظام القانونى الاستثنائى أو المتميز للعقود الإدارية ، ذلك النظام الذى يختلف عن القانون الخاص فى كثير من نواحيه سواء فى حقوق الأدارة المتعاقدة أو فى حقوق والتزامات المتعاقد معها . والمرفق العام الذى يجب أن يتصل به العقد يأخذ التعريف أو المعنى المحدد له فى القانون الإدارى كنشاط تتولاه الإدارة أو تهيمن على إدارته ويستهدف تحقيق النفع العام مباشرة .

على أن اتصال العقد الإدارى بالمرفق العام ليس له صورة بذاتها : فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق ، أو استغلاله ، أو تسييره أو بالمعاونة فى تسييره وإدارته عن طريق توريد مواد أو خدمات أو غير ذلك من صور الاتصال .

وفى فرنسا بدأ يستقر القضاء الإدارى الفرنسى منذ عام ١٩٥٦ ، على

أنه إذا توثقت درجة الصلة بين العقد وبين المرفق العام إلى أقوى درجة ، بحيث كان موضوع العقد هو تنفيذ وتسيير المرفق نفسه وفى جوهره l'exécution même du service فإن ذلك كافياً تماماً حتى يصبح العقد إدارياً ، أى حتى ولو يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص (١) أى أنه يكفى فى هذه الحالة شرط إبرام العقد عن طريق شخص عام وشرط أن يكون موضوع العقد تسيير المرفق نفسه دون حاجة للشرط الثالث . ومن الأمثلة فى القضاء الإدارى الفرنسى ، نذكر قضية « برتان » التى بمناسبتها إتجه مجلس الدولة الفرنسى إلى ذلك : فقد اعتبر المجلس عقداً إدارياً ذلك العقد « الشفوى » الذى أبرمه مدير مركز إيواء وترحيل المواطنين السوفيت وقت تحرير فرنسا فى أواخر عام ١٩٤٤ ، مع السيد « برتان » وزوجته بغرض تقديم الغذاء الكامل للرعايا السوفيت حتى ترحيلهم مقابل مبلغ شامل عن كل فرد . فحينما ثار النزاع فى شأن حقوق المتعاقد مع الإدارة اعترف مجلس الدولة باختصاصه وبوصف العقد الإدارى بالرغم من « شفوية » العقد وعدم تضمنه بالتالى أية شروط استثنائية ، على اعتبار أن المتعاقد دوره جوهرى فى المرفق العام هو تنفيذ المرفق نفسه .

وقياساً على ذلك أن تتعهد إحدى الشركات الخاصة بتغذية تلاميذ أو طلبة مدرسة معينة تابعة للدولة أو تغذية مرضى مستشفى عام ، فالعقد هنا موضوعه يمثل عنصراً هاماً وجوهرياً فى تنفيذ المرفق نفسه ، ويكون ذلك كافياً لوصف العقد بصفة العقد الإدارى ولو لم يتضمن أى شرط استثنائى غير مألوف فى القانون الخاص . هذا فى منطق القضاء الإدارى الفرنسى .

---

(١) بدأ هذا القضا فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية « برتان » فى عام ١٩٥٦ واستقر فى أحكام لاحقة من مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص وأيضاً محكمة النقض الفرنسية . انظر على سبيل المثال :

— C.E. 20 Avril 1956, Epoux Bertin et Ministre de l'Agriculture C- consorts Grimouard, Les Grands Arrêt de la Jurisprudence Administrative, Gème édition 1974, PP. 442 et s.

وقد أشار كتاب «Les Grands Arsêts» المذكور هنا إلى أحكام عديدة فى هذا الموضوع .

ولكن إذا كان موضوع العقد يتصل بالمرفق فى صورة أو درجة أقل فى قوتها أى مجرد صلة خارجية ، أو حتى إذا لم يتصل بأى مرفق عام ، فهنا يتطلب القضاء الإدارى الفرنسى شرط تضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص .

كان ذلك بالنسبة لفرنسا والقضاء الإدارى الفرنسى . أما بالنسبة لمصر ، فالقضاء المستقر لمجلس الدولة المصرى بوجه عام يتجه لضرورة توافر الشروط الثلاثة كلها وفى كل الأحوال. ومجلس الدولة المصرى بالنسبة للشرط الثانى الخاص باتصال العقد بالمرفق العام لا يأخذ بتلك التفرقة الموجودة فى فرنسا بين العقد المتصل بجوهر تنفيذ المرفق نفسه وبين العقد المتصل بالمرفق بعلاقة خارجية أقل قوة. فالمهم أن يتصل العقد بمرفق عام **أيا ما كانت صورة هذا الاتصال** : سواء فى تنظيم المرفق أو تنفيذه أو تسييره أو استغلاله أو مجرد المعاونة الخارجية فى سيرة بتوريد مواد أو خدمات . . . الخ . ولكن القضاء الإدارى المصرى يتطلب أيضاً لتحقق وصف العقد الإدارى . بالإضافة إلى شرط الاتصال بالمرفق العام . الشرط الثالث الخاص بالشروط الغير مألوفة والذى تتناوله فى الفقرة التالية :

٣ — أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مالوفة فى عقود القانون الخاص :

وهذه الشروط الاستثنائية غير المألوفة هى عبارة عن شروط يحتويها العقد المبرم بين الإدارة والفرد المتعاقد معها والتى لا يجوز قانوناً للأفراد فى القانون الخاص ارتضائها وقبولها ، أو حتى إذا لم تكن محرمة فى القانون الخاص إلا أنها « نادرة » فى عقود الأفراد الخاصة و« غير مألوفة » لديهم . فهذه الشروط الاستثنائية هى إذن بايجاز أما شروط غير جائزة فى القانون الخاص ، وأما جائزة ولكنها غير مألوفة ونادرة فى عقود الأفراد الخاصة .

ومن أمثلة هذه الشروط الاستثنائية أو الغير مألوفة : أن تعطى الإدارة لنفسها الحق فى تعديل العقد وشروطه فى أى وقت ؛ أو الحق فى فرض جزاءات على المتعاقد معها فى بعض الحالات ، أو الحق فى إلغاء العقد فى

أى وقت وبدون إنذار أو حتى بدون تعويض . ومن الممكن أن تتمثل الشروط الاستثنائية أيضاً فى حقوق « غير مألوفة » لمصلحة المتعاقد مع الإداوة ، كأن تعطيه الإدارة الحق فى تحصيل رسوم من المنتفعين أو الحق فى التمتع باحتكار أو حقه فى الاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة . لكن الشروط الأكثر أهمية وتميزاً من الواضح أنها بالذات تلك التى تمنح الإدارة المركز الأقوى والاستثنائى إزاء المتعاقد معها .

وحكمة اشتراط القضاء الإدارى لشرط تضمن العقد شروطاً استثنائية أو غير مألوفة حتى يكتسب العقد الطابع الإدارى. هى أن صلة العقد بالمرفق العام —وإن كانت ضرورية — إلا أنها غير كافية بالمرة لكى تجعل من عقود الادارة عقودا إدارية . لأنه من المعروف ومن الحادث عملا أن الإدارة قد تلجأ إلى عقود ووسائل القانون الخاص باختيارها لتحقيق بعض عملياتها ، فهى قد تلجأ إلى عقد إيجار مدنى عادى أو بيع عادى حتى فى نطاق المرافق العامة ولا مبرر فى هذه الظروف لاخضاع مثل هذه العقود للنظام الخاص بالعقد الإدارى.فاشتراط وجود شروط استثنائية غير مألوفة ضرورى من **حيث إنه يعبر عن إرادتها فى استعمال وسائل القانون العام بما تتضمنه من امتيازات السلطة العامة** . غير أنه ليس بضرورى أن يتضمن العقد عدة شروط غير مألوفة أو استثنائية ، إذ أنه من الممكن أن يكفى وجود شرط واحد غير مألوف فى عقود الأفراد الخاصة لاعتبار العقد إدارياً . والمسألة ترجع لتقدير القضاء الإدارى ليتحقق من اعتبار الشرط غير مألوف بالفعل أم لا .

وأخيراً ، الشروط غير المألوفة وإن كان غالباً ما يتضمنها العقد نفسه ، إلا أنه من الممكن أن تكون موجودة خارجه فى قانون أو لائحة إذا كان العقد يحيل إلى ذلك القانون أو تلك اللائحة . ومثال ذلك أن يحيل العقد إلى أحكام قانون المناقصات والمزايدات أو اللائحة التنفيذية .

كانت هذه هى الشروط الثلاثة التى يتطلب مجلس الدولة المصرى ضرورة توافرها جميعاً حتى يعتبر عقدا من العقود عقداً إدارياً بما يترتب على ذلك من

آثار ، ومن أهمها خضوع العقد لنظام العقد الإدارى المختلف عن القانون الخاص وخضوع منازعاته لقضاء مجلس الدولة (وليس القضاء العادى) . فمعيار العقد الإدارى ما هو إلا محصلة تلك الشروط الثلاثة السابق عرضها .

والمعيار بهذه الشروط هو ترجمة لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة المصرى — كما أوضحنا — بما فى ذلك المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإدارى .

وعلى سبيل المثال ، نختار فى النهاية هذا الحكم التقليدى الهام لمحكمة القضاء الإدارى الذى عرضت فيه بامتياز ودقة هذا المعيار بشروطه الثلاثة . تقول المحكمة ما يلى :

ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة بعقد إدارى حتما فكثيراً ما تلجأ هذه الجهة ، وهى فى سبيل استغلال أموالها الخاصة ، إلى ابرام عقود بينها وبين جهة إدارية أخرى ، أو بينها من جهة وبين بعض الأشخاص من جهة أخرى فى ظل قواعد القانون الخاص ، فيختص بها قاضى القانون الخاص و لا تعنى بأمرها مبادىء القانون الإدارى . وليس بكاف أبداً مجرد أن يكون أحد طرفى التصرف شخصاً إدارياً عاماً للقول بأن هذا التصرف — أى العقد — إنما هو عقد إدارى يخضع لأحكام القانون العام ويختص حتما بالفصل فى منازعاته هذه المحكمة . فالشخص الإدارى العام قد يبرم عقداً مدنياً كما قد يبرم عقداً إدارياً سواء بسواء . وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد الإدارى تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متوازية ومتساوية ، إذ بها فى العقود الإدارية غير متكافئة ، ويجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة . غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام — وإن كانت شرطاً لازماً — فإنها ليست مع ذلك بكافية . فلم يعد المرفق العام وحده هو المعيار القاطع فى التمييز الدقيق بين العقود الإدارية بمعناها القانونى الصحيح التى تبرمها جهة

الإدارة . وبين تلك العقود المدنية التى تبرمها أيضاً جهة الإدارة ذاتها تحقيقاً لمصلحة معينة ، كالرغبة فى الإسراع للحصول على سلعة أو خدمة ، أو كالخشية من أن تكون الشروط الشديدة التى تنطوى عليها وسائل القانون العـام منفردة للأفراد من أن يتعاقدوا معها ، فتلوذ جهة الإدارة بأسلوب القانون الخاص . العبرة إذن بما قد تأخذ به من جهة الإدارة فى عقدها من أسلوب القانون العام ليأخذ الطابع المميز للعقد الإدارى وما ينطوى عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلى شروط العقود الخاصة بين الأفراد (حكم بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٩) .

المبحث الثـــانى

أمثلة لأهم العقـــود الإدارية

العقود الإدارية متنوعة وكثيرة ، فكل عقد تبرمه سلطة إدارية عامة طبقا لشروط معيار العقد الإدارى يعتبر عقداً إدارياً . ومع ذلك هناك عقود إدارية تتميز بأهميتها العملية سنذكرها فيما بعد . ولكن قبل ذلك يجب أن نشير إلى تفرقة قائمة فى فرنسا بين نوعين من العقود الإدارية : من ناحية أولى العقود الإدارية بنص القانون ، أى تلك العقود التى قرر المشرع بنصوص خاصة إختصاص القضاء الإدارى الفرنسى بمنازعاتها طبقاً لقواعد القانون العام . ومن ناحية ثانية العقود الإدارية بطبيعتها ، وهى العقود التى تتوافر فيها شروط معيار العقد الإدارى طبقاً لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى . ومن أمثلة العقود الإدارية بنص القانون فى فرنسا : عقد الأشغال العامة وعقد بيع أملاك الدولة (وفقاً لقانون ٢٨ بليفور السنة الثامنة للثورة) ، وعقد المساهمة فى مشروع ذى نفع عام الذى يشبهه القضاء بعقد الأشغال العامة . والعقود التى تتضمن شغل الدومين العام أى مال الدولة العام) وفقاً للمرسوم بقانون الصادر فى ١٧ يونيه ١٩٢٨) .

وفى مصر وفى الجمهورية العربية اليمنية ليس لهذا التقسيم أى وجود أو أهمية . فجميع العقود الإدارية هى فقط بطبيعتها أى تطبيقاً للشروط التى يتضمنها معيار العقد الإدارى . وإذا كان المشرع المصرى فى قوانين مجلس الدولة منذ القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والقانون التالى رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ والقانون الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ يذكر بالذات عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد ، فانه يذكر هذه العقود فقط على سبيل التمثيل ، بدليل أنه أتبع ذلك بعبارة عامة إذ قال « وأى عقد إدارى آخر » . إذن فلا يوجد فى مصر عقود إدارية بنص القانون ، وإنما جميع العقود تكون إدارية فقط إذا توافرت شروط العقد الإدارى أى معيار العقد الإدارى ، أى أن مصر لا تعرف إلا العقود الإدارية بطبيعتها .

بعد هذا التمهيد ، سوف آنخذ فكرة عن أهم العقود الإدارية وهى العقود التالية : عقد إلتزام المرافق العامة — عقد الأشغال العامة — عقد التوريد عقد المساهمة فى مشروع ذى نفع عام . ونتناولها فيما يلى تباعا :

أولا : عقد إلتزام المرافق العامة :

وهو أهم العقود الإدارية . وإذا أردنا تعريفه نقول أنه « عقد إدارى بمقتضاه تعهد الإدارة إلى فرد أو شركة خاصة بادارة واستغلال مرفق عام اقتصادى لمدة محددة من الزمن ، وتحت إشراف ورقابة الإدارة . ويقوم الملتزم (الفرد أو الشركة الخاصة) بإدارة المرفق على مسئوليته وعلى نفقته وبعماله مقابل مزايا مادية وعينية أهمها الرسوم التى يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالمرفق » . ويلاحظ أن الفقه يسميه أحياناً امتياز المرافق العامة .

ويمكننا عرض الخصائص العامة الأساسية لعقد التزام المرافق العامة بالشكل التالى :

١ — التزام المرافق العامة موضوعه إدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة ، أى نشاط يستهدف النفع العام . ولكن على عكس القاعدة العامة حيث تقوم الإدارة أو الأشخاص العامة بإدارة المرافق العامة ، يبدو الالتزام كأسلوب إستثنائى فى إدارة واستغلال بعض المرافق العامة. لأن القائم بالإدارة والاستغلال ليس هو الإدارة حسب القاعدة العامة وإنما هو فرد أو فى الغالب شركة خاصة . والمرافق العامة التى تدار عن طريق الالتزام أو الامتياز (كما يسميه الفقه) هى مرافق من طبيعة اقتصادية تجارية أو صناعية ، لأن هذه المرافق هى التى تكون خدماتها مدفوعة بأجر يشجع الأفراد أو الشركات على الالتزام بإدارتها واستغلالها ، على عكس المرافق الأخرى الإدارية التى تتسم بالمجانية ولا يتصور فيها نظام الالتزام أو الامتياز . ومن أمثلة المرافق العامة الاقتصادية التى هى موضوع الالتزام مرافق النقل بالسيارات داخل المدن أو فيما بينها أو بين القرى والمراكز ، ومرافق النقل بالترام والنقل النهرى . بل قديما كان مرفق الكهرباء والمياه فى بعض الدول ومنها مصر

تدار عن طريق الالتزام ، بل وحدث أن تم ذلك أيضاً قديماً فى فرنسا بالنسبة لمرفق النقل بالسكك الحديدية .

٢ — نظراً لأن التزام المرافق العامة أسلوب استثنائى لإدارة بعض المرافق العامة الاقتصادية عن طريق هيئة خاصة ، فلابد من رقابة قوية وإشراف فعال من الإدارة المتعاقدة « مانحة الالتزام » . والجهة الإدارية قد تكون الدولة أو سلطة من السلطات المحلية اللامركزية . وصور الإشراف والرقابة كثيرة ومتعددة وتجد أساسها فى عقد الالتزام وفى القوانين واللوائح . وفى مصر يوجد قانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ينظم التزامات المرافق العامة ويبين سلطات الإدارة مانحة الالتزام فى تنظيم المرفق وحقها فى تحديد وإعادة النظر فى الأسعار أو الرسوم التى يتقاضاها الملتزم من المنتفعين ، وحقها فى تعديل سائر قواعد تنظيم واستغلال المرفق . وهدف أو غاية إشراف ورقابة الإدارة على الإلتزام هو حماية الجمهور المنتفعين من المرفق .

٣ — الالتزام له دائماً مدة محدودة ، وهى إذا كانت تتميز بطولها عادة إلا أنها لا يمكن أن تزيد فى كل الأحوال عن ثلاثين سنة طبقاً لقانون التزامات المرافق العامة . وشرط المدة ركن فى العقد لأنه ليس متصوراً أن يمنح الإلتزام إلى ما لا نهاية ، لأنه استثناء من القاعدة التى تقضى بإدارة المرافق العامة عن طريق الأشخاص الإدارية العامة (الدولة — الهيئات المحلية — الهيئات العامة) .

٤ — فى نظام الالتزام يتولى إدارة واستغلال المرفق شخص من أشخاص القانون الخاص ، قد يكون فرداً ولكن عادة يكون شركة قادرة على الوفاء بالأعمال والإنشاءات اللازمة لإدارة واستغلال المرفق . ونظراً لأن الملتزم هيئة خاصة فهو ليس موظفاً عاماً بالدولة ، وكذلك عماله هم أجراء خاضعين للقانون الخاص يعملون بعقود عمل بينهم وبين الهيئة الخاصة التى تتولى استغلال المرفق . كذلك تقوم هذه الهيئة الخاصة بجميع الإنشاءات الضرورية للمرفق على مسئوليتها وليس على مسئولية الإدارة وعلى نفقتها تماماً ، كما أنها مسئولة عن الأضرار التى تصيب الأفراد نتيجة سير المرفق وهكذا فالدولة أو

الأشخاص العامة مانحة الالتزام لن تتحمل شيئاً من النفقات أو المسئوليات المادية ، بل على العكس عادة يتضمن عقد الالتزام عودة المرفق بجميع إنشاءاته ومهماته إلى الإدارة مانحة الالتزام بانتهاء العقد مما يعود على الدولة بفوائد مادية كبيرة .

٥ — بالنظر للتكاليف المالية الكبيرة التى يتحملها الملتزم ، فان المقابل المالى الذى يتمثل فى السعر أو الرسم المدفوع من المنتفعين له أهمية مطلقة بالنسبة له . فهذا المقابل النقدى الذى يدفعه الجمهور هو الذى يعوضه عن الإنشاءات إذا كانت لازمة لعمل المرفق وللآلات والأدوات والأشياء الأخرى الضرورية لاستغلال هذا المرفق ، بالإضافة إلى أن هذا المقابل يغطى مصاريف العمال والإدارة . ويبقى له جانب يمثل أرباحه فى النهاية . ويضع الملتزم آماله فى مدة الالتزام ، إذ أن المقابل المالى الذى يقدر الحصول عليه خلال مدة الالتزام هو الذى يغطى كل احتياجاته وربحه . والمقابل يتحدد فى عقد الالتزام وكذلك مدة الالتزام ، ولا يحق للملتزم زيادة مقابل الخدمة بل لابد من صدور تحديد جديد بقرار من السلطة مانحة الالتزام . ولا يجوز لهذه السلطة الإدارية المتعاقدة إنهاء الالتزام قبل مدته بدون خطأ من الملتزم لأن ذلك يمثل إخلالا خطيراً بالتوازن المالى للعقد ضد مصلحة الملتزم ، وإذا قامت الإدارة بذلك فعليها تعويض الملتزم بطريقة كاملة وعادلة .

٦ — الإدارة مانحة الالتزام لا تلتزم عند اختيارها للملتزم وإبرام العقد لا تلتزم باتباع الأساليب المعتادة فى العقود الإدارية الأخرى كأسلوب المناقصة أو المزايدة ، بل تتمتع بسلطة تقديرية كاملة فى اختيار شخص الملتزم . وحكمة ذلك أن عقد الالتزام يتميز بأنه فوق كونه عقداً إدارياً هو أيضاً أسلوب لإدارة مرفق عام يستهدف النفع العام ، ومن ثم فالإدارة يجب أن تكون لها حرية الحركة لاختيار الشركة التى تراها قادرة مالياً وفنياً وإدارياً واقتصادياً على حسن ادارة وإستغلال المرفق العام . ولكن يحد

الإدارة فى النهاية قيد عام فى هذا الاختيار ، هو عدم الانحراف فى استعمال السلطة .

٧ ـ أثناء سريان عقد الالتزام : تقع على الإدارة مسئولية الإشراف الفعال على الملتزم من أجل ضمان حسن سير المرفق طبقاً لشروط عقد الالتزام وطبقاً للمصلحة العامة لجمهور المنتفعين . وهى مسئولية أمام هؤلاء عن كل تقصير أو إهمال فى ممارستها لسلطتها فى الرقابة والإشراف طبقاً لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وطبقاً لقانون التزامات المرافق العامة فى مصر ولقضاء مجلس الدولة المصرى (انظر حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٤ / ٢ / ١٩٥٧) .

ثانياً : عقد الأشغال العـــامة :

يمكن تعريفه بأنه « عقد بين الإدارة وبين أحد الأفراد (أو إحدى الشركات) ويسمى مقاول ، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبانى أو منشآت على عقار لحساب شخص معنوى عام وتحقيقاً لنفع عام وذلك مقابل ثمن معين فى العقد » .

وقد عرفته محكمة القضاء الإدارى تعريفاً مشابهاً فى حكم لها بتاريخ ٢٣ ـ ١٢ ـ ١٩٥٦ ، فقالت أن « عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة فى عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد فى العقد » .

ومن خلال هذه التعريفات يمكن إبداء الملحوظات التالية :

١ ـ إن الأعمال التى يقوم بها المقاول فى نطاق عقد الأشغال العامة يجب أن ترد على عقار ؛ ومن ثم لا تعتبر أشغال عامة الأعمال التى ترد على منقول مهما بلغت أهميته من حيث الحجم أو القيمة وحتى لو كان مملوكاً للدولة ولو كان أيضاً مخصصاً للمنفعة العامة .

٢ ـ إذا كان الغالب أن تتمثل الأشغال العامة فى إنشاء مبانى جديدة

أو ترميم مبانى قائمة أو تعديلها ، فانه يمكن أن تشمل ايضاً هدم مبنى معين . أكثر من ذلك ، يكفى حتى مجرد « صيانة العقار » بدون أن يرتبط ذلك بأى عمل يتصل بالمبانى ومن ثم يمكن أن يدخل فى الأشغال العامة أعمال تنظيف الشوارع وكنسها ورشها .

٣ — يجب أن تتم الأشغال العامة لحساب شخص معنوى عام ، فان تمت لحساب شخص معنوى خاص أو لحساب أفراد فلا يصدق عليها هذا الوصف. ولكن إذا تمت الأشغال العامة لحساب شخص معنوى عام ، لا يشترط مع ذلك أن يكون العقار الذى ترد عليه الأشغال مملوكاً لهذا الشخص العام ، فقد يكون مملوكا للأفراد فهذا عنصر لا يؤثر ، فالعنصر المؤثر والضرورى أن يكون العمل لحساب الشخص العام .

٤ — وأخيراً ، يجب أن تكون الغاية من الأشغال أو الأعمال هى تحقيق نفع عام ، ويكفى لتحقيق هذا الشرط مثلا أن ترد الأشغال على عقار الملتزم فى عقد التزام مرفق عام ، لأن غاية الأشغال هنا هى مصلحة المرفق نفسه الذى يتولاه الملتزم وهو مرفق عام وواضح بالتالى النفع العام . وفى هذا الغرض الأشغال رغم ورودها على عقار الملتزم إلا أنها تتم لحساب السلطة الإدارية مانحة الالتزام ، لأن إليها سيعود المرفق وعقاراته ومنشآته بعد نهاية مدة عقد الالتزام .

ثالثاً : عقـــد التوريد :

وهو عبارة عن تعاقد يتم بين الإدارة وبين مورد خاص فرد أو شركة خاصة ، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة الموردة بتوريد أشياء منقولة تكون لازمة لمرفق عام ، وذلك فى مقابل ثمن مبين فى العقد .

وعقد التوريد يتميز بالخصائص التالية :

١ — أنه لابد أن يرد على أشياء منقولة . فلا يمكن أن يكون محله بناء عقار ، وإلا أصبح عقد أشغال عامة وليس إطلاقاً عقد توريد . والأشياء المنقولة محل عقد التوريد لا ترد تحت حصر ، وتشمل كل شىء منقول يدخل

فى دائرة التعامل : إبتداء من الأدوات المكتبية كالأقلام والأحبار والنشاف ، إلى الملابس والأغذية والأدوات الطبية والمدرسية والكهربائية ، حتى السيارات والسفن والطائرات .

٢ — هو باعتباره عقداً ، فان التوريد يتحقق برضاء الفرد أو الشركة الموردة . ومن ثم يختلف عقد التوريد عن الاستيلاء المؤقت على المنقول بالطريق الجبرى بمقتضى قرار إدارى ومقابل تعويض عادل (انظر حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣ / ١٢ / ١٩٥٢) .

٣ — لابد أن تكون الأشياء الموردة لازمة لخدمة مرفق عام كما فى الأمثلة الواردة فى البند رقم (١) السابق ، لأن شرط الاتصال بمرفق عام كما نعلم أحد شروط معيار كل عقد إدارى .

رابعاً : عقد المساهمة فى مشروع ذى نفع عام :

هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة بمبلغ من المال أو بشىء عينى . فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة ، مقابل قيام الشخص الإدارى بتنفيذ هذا المشروع :

ومن أمثلة ذلك أن يتقدم فرد إلى جهة الإدارة يعرض مساهمته فى مشروع ذى نفع عام ، ويكون هذا المشروع يمثل فائدة أو قيمة معينة لهذا الفرد ، كمالك يعرض مساهمته المالية فى إنشاء طريق يخدم ملكه ويوصل إليه ، أو فرد يهب قطعة أرض يملكها للمساهمة فى إنشاء مبنى محكمة جديدة أو مدرسة جديدة أو إنشاء جامع أو كنيسة .

وقد يكون المتعهد بالمساهمة شخص عام ، كوحدة محلية تعرض مساهمتها فى مشروع شق ترعة جديدة أو مد خط حديدى أو إقامة محطة على الخط الحديدى القائم ، على اعتبار أن الترعة أو الخط الحديدى أو المحطة تخدم البلدة أو القرية .

وقد اعتبر مجلس الدولة المصرى أن عقد المساهمة فى مشروع ذى نفع

عام عقداً إدارياً دائماً ، وذلك تأسيساً على الإتصال القوى بين عقد المساهمة وبين عقد الأشغال العامة (حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٦ / ١٢ / ١٩٥١ وحكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٧ / ١ / ١٩٧٨) . وفى الحقيقة هذا التأسيس يتجاوب مع الواقع فى الغالب من الحالات ، نظراً لأن المشروعات العامة التى يرد عليها عقد المساهمة غالباً ما تتمثل فى إنشاءات على عقار لمصلحة عامة أى تتحقق فيها فكرة الأشغال العامة ، والأمثلة السابقة توضح ذلك . غير أن ذلك التأسيس لم يكن بأمر لازم حتما ، لأن عقد المساهمة باعتباره بحكم تعريفه يتصل بمشروع ذى نفع عام ويخضع لقبول الشخص الإدارى العام الذى سيتولى تنفيذ المشروع ، فهو يتحقق فى شأنه تعريف العقد الإدارى ، ولسنا إذن بحاجة لربطه بعقد الأشغال العامة أو تقريبه به .

وعقد المساهمة فى مشروع ذى نفع عام يخضع للأحكام القانونية التالية :

١ - يجب أن تكون المساهمة محض إختيارية بدون أى إكراه أو ضغط فلا يجبر المساهم بحال على التبرع أو الهبة للمشروع العام المزمع إنشائه . ولكن هذا لا يمنع بالطبع من أن تكون الإدارة هى التى طلبت مساهمة الأفراد أو الهيئات ، كأن تطلب المساهمة فى إنشاء جامعة أو مستشفى أو إنشاء طريق .

٢ - قد يكون لمقدم المساهمة مصلحة أو فائدة شخصية فى إنشاء أو إقامة المشروع العام ، ولكن يمكن أن لا تكون له أية مصلحة شخصية على الإطلاق ، ولكن الغالب أن تكون له على الأقل مصلحة أدبية .

٣ - يجوز لمقدم المساهمة أو المعاونة سحب عرضه قبل أن تقبله جهة الإدارة ويتحلل بالتالى من التزامه الذى لم ينشأ فى الحقيقة بعد . ولكن متى تحقق قبول الإدارة للمساهمة انعقد العقد وتحقق التزامه ولا يستطيع العدول عن عرضه بالمساهمة ، ويجب عليه الوفاء بهذا العرض .

٤ — للادارة بعد قبولها لعرض المساهمة ، يجوز لها أن تعدل بعد ذلك وتتحلل من قبولها للعرض إذا هى قدرت أن ذلك العرض لا يتفق مع الصالح العام ، كما لو ظهر لها فيما بعد أن المشروع باهظ التكاليف أو أن فائدته لم تعد مؤكدة أو أن تنفيذه بطريقة أخرى أفضل للمصلحة العامة . والإدارة فى ذلك لا تكون مخطئة بحال . وفى ذلك تقول محكمة القضاء الادارى : « الإدارة لا تلتزم قبل العارض بتنفيذ المشروع فى ذاته إذا قدرت عدم ملاءمة تنفيذه ، ولا يكون ذلك منها خطأ تعاقدياً يستتبع مسئوليتها والزامها بأى تعويض بسبب ذلك ، وكل ما للمتعهد هو أن يسترد هبته وما أنفقه أو تكبده فى سبيل تنفيذ غرضه قبل أن تعلنه الإدارة بانهاء عقده ، كما لو كان بالأرض نخيل أزاله لكى تصبح فضاء لتمكن الإدارة من تنفيذ المشروع عليها » (حكم محكمة القضاء الإدارى السابق الإشارة إليه بتاريخ ١٩٥١/١٢/٢٦) .

٥ — وأخيراً ، عقد المساهمة فى مشروع ذى نفع عام باعتباره عقداً إدارياً دائماً ، فإن كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذه أو النكول عنه تخضع لإختصاص مجلس الدولة كقضاء إدارى (حكم المحكمة الإدارية العليا السابق الإشارة إليه بتاريخ ٧ / ١ / ١٩٧٨) .

المبحث الثالث

النظام القانونى للعقد الإدارى

تتميز العقود الإدارية بنظام قانونى خاص مختلف فى كثير من نواحيه عن النظام القانونى للعقود المدنية أو عقود القانون الخاص. والسبب الرئيسى فى هذا الإختلاف هو أن العقود الإدارية التى تبرمها السلطات الإدارية تستهدف خدمة المرافق العامة وما ترتبط بها من غايات ومصالح عامة، على عكس الأمر فى عقود الأفراد الخاصة أو العقود المدنية التى تبرمها الإدارة أحياناً وفقاً لأساليب القانون الخاص. على أن بعض جوانب النظام القانونى للعقود الإدارية وهى تلك الجوانب المتصلة بابرام أو انعقاد العقد، تنطبق أيضا فى الواقع على جميع عقود الإدارة الإدارية بالمعنى الدقيق وأيضاً عقود الإدارة المدنية، على اعتبار أن فكرة حماية أموال الخزانة العامة التى تدفع منها الإدارة التزاماتها العقدية توجب سريان قواعد عامة مقيدة لسلطة الإدارة فى إبرام جميع العقود الإدارية منها والمدنية أيضاً.

غير أن جوانب النظام القانونى للعقد الإدارى المتصلة بآثار العقد بالنسبة للإدارة وبالنسبة للمتعاقد معها، هى التى تبدو فيها مواطن التفرد والتميز والاختلاف عن العقود المدنية سواء كانت عقود الأفراد المدنية أو عقود الإدارة المدنية. فعلى سبيل المثال تتمتع الإدارة فى عقودها الإدارية بالمعنى الدقيق، أى تلك التى تنطبق عليها شروط معيار العقد الإدارى، تتمتع الإدارة بحقوق وسلطات استثنائية لا توجد فى القانون الخاص الذى يحكم العقود المدنية. أيضاً وفى المقابل يتمتع المتعاقد مع الإدارة ببعض الحقوق الخاصة بفضل نظريات خاصة بالعقد الإدارى هدفها تحقيق العدالة وحماية المتعاقد إزاء الظروف الطارئة وأفعال السلطة العامة (أعمال الأمير) كما سنقوله تفصيلا فى موضعه. وقد نظم المشرع إبرام عقود الإدارة عموماً فى تشريع أساسى هو القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات ويكمل هذا التشريع اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادر بقرار وزير المالية

والاقتصاد رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ . كذلك يكمل هذا القانون الأساسى ، بجوار لائحته التنفيذية لائحة المخازن والمشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء فى ٦/٠٦ / ١٩٤٨ ، والتى تطبق استناداً إلى عرف إدارى ، وذلك فيما لا يتعارض من أحكامها مع القانون المذكور ولائحته التنفيذية .

وفيما يلى سنعرض لكيفية ابرام العقود الإدارية ، ثم لآثار العقود الإدارية .

الفـــرع الأول

كيفية ابرام العقود الإدارية

تخضع السلطات الإدارية فى إبرام عقودها لقيود لا يقابلها الأفراد فى عقودهم الخاصة . وذلك مفهوم لأن الإدارة لا تتعاقد لمصلحة فردية وشخصية وإنما لأجل المصلحة العامة ، كما أنها لا تتصرف فى مال خاص بمشيئتها وعلى النحو الذى تراه . ولكن تتصرف فى مال عام يتمثل فى حصيلة الخزانة العامة التى يمولها المواطنون بالضرائب والرسوم التى يدفعونها .

على أن القيود التى تخضع لها الإدارة فى إبرامها للعقود تنصرف فى الحقيقة إلى جميع عقود الإدارة ، أى العقود الإدارية بالمعنى الدقيق والصحيح وكذلك أيضاً عقود الإدارة المدنية ، لأن حكمة هذه القيود المتمثلة فى المصلحة العامة وحماية أموال الخزانة العامة متحققة فى الحالتين .

وتبدو تلك القيود فى النقاط التالية :

١ — إذا كانت القاعدة من الناحية النظرية هى أن عقود الإدارة رضائية لا يشترط فيها الكتابة ، إلا أن عقود الإدارة الهامة لابد وأن تتم بالكتابة ، لأن ذلك ضرورياً لبيان شروط العقد التى تحرر بطريقة مسبقة بالإضافة إلى الإجراءات والأشكال التى تخضع لها عملية إبرام العقد

٢ — فى كثير من الحالات يجب أخذ رأى جهة معينة قبل إبرام أو عقد العقد . فقانون مجلس الدولة الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى مصر يوجب أخذ

رأى الإدارة المختصة بقسم الفتوى (فى مجلس الدولة) قبل إبرام جهة الإدارة لأى عقد تزيد قيمته عن خمسة آلاف جنيه وكذلك يجب أخذ رأى اللجنة المختصة بقسم الفتوى (اللجنة تجمع عدة إدارات متجانسة) قبل إبرام جهة الإدارة لأى عقد تزيد قيمته عن خمسين ألف جنيه . أيضاً طبقاً لدستور ١٩٧١ تجب موافقة مجلس الشعب قبل عقد القروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة . وهذا هو ما نص عليه أيضاً الدستور اليمنى الدائم فى المادة ١١٣ منه .

٣ — يجب احترام قواعد الإختصاص الإدارية عند إبرام الإدارة للعقود والقانون يعين هؤلاء الأشخاص الذين لهم سلطة إبرام عقود الإدارة . وبالنسبة للهيئات العامة يجب أن تبرم العقود فى حدود نشاطها المرفقى الذى تتخصص فيه كل هيئة عامة وليس خارجة .

٤ — والإدارة ليست حرة فى اختيار المتعاقد معها ، وذلك على خلاف الوضع بالنسبة للأفراد فى عقودهم الخاصة فيما بينهم . إذ أن القانون قد حدد لها أساليب معينة وإجراءات محددة يجب سلوكها وإتباعها بطريقة آمرة ، والمشرع يهدف إلى ضمان حسن اختيار المتعاقد الذى يقدم أفضل الشروط المالية والفنية رعاية للمصلحة العامة .

٥ — وأخيراً ، جهة الإدارة ليست حرة فى صياغة شروط عقودها كما تريد . فالقانون يحتم عليها أحياناً الأخذ بعقود نموذجية مطبوعة من قبل ومحددة شروطها سلفاً ، بالإضافة إلى أن القوانين واللوائح قد تفرض شروطاً تسرى على العقود ولو لم تتضمنها هذه العقود بين نصوصها .

تلك قيود تفرض على الإدارة عند قيامها بابرام عقودها ، وهى قيود عامة ، ومخالفتها تؤدى إلى بطلان العقد . وسوف نعرض فيما يلى بقدر من التفصيل لأساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة ، ثم نعرض لإجراءات المناقصة العامة باعتبارها تمثل الأصل العام من بين أساليب اختيار المتعاقد .

أولا

أساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة .

الأفراد فى علاقاتهم الخاصة وفى حياتهم الشخصية يتمتعون بحريتهم كاملة فى التعاقد مع من يشاءون . فالقانون الخاص لا يمكن أن يفرض عليهم قيوداً فى اختيارهم لمن يتعاملون معهم طالما كان ذلك فى حدود النظام العام والآداب . أما السلطات الإدارية فليست لها تلك الحرية الكاملة فى اختيار من تتعاقد معهم ، فالمشرع يقيد الإدارة من هذه الناحية أكثر من الأفراد ، لأنه – أى المشرع – يريد أن يضمن اختيار أفضل المتعاقدين ، أفضل المقاولين وأفضل الموردين ، لأن اختيار مقاول غير كفء فنياً أو مالياً فيه تهديد للمرافق العامة بخطر التعطل وفيه تبديد لأموال الخزانة العامة . أيضاً المشرع يهدف إلى ضمان الحيدة واستبعاد شبهة المحاباة وإيثار متعاقد على آخر إلى غير ذلك من الاعتبارات الشخصية التى تجافى المصلحة العامة . لهذا هناك أساليب أو طرق محددة يجب على الإدارة أن تسلكها فى اختيارها للمتعاقد معها ، وسنرى أن أسلوب المناقصة العامة يتميز بأنه الأسلوب الذى يمثل القاعدة العامة والذى يجب فى الأصل سلوكه بالنسبة للإدارة (١) .

والأساليب الرئيسية لاختيار المتعاقد مع الإدارة وفقاً للقانون هى :

– المناقصـــة .
– الممـــارسة .
– الأمر المباشر .

وذلك على التفصيل التالى :

أولا : المناقصة :

وهى تعتمد على فكرة إتاحة الفرصة لقيام المنافسة بين الراغبين فى التعاقد حتى تستطيع جهة الإدارة معرفة واختيار صاحب أفضل عرض أو أفضل

---

(١) انظر فى الجمهورية العربية اليمنية القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٥ الخاص بالمشتريات والمخازن العمومية الذى تضمن قواعد العريقة المناقصات العامة وعموماً تضمن القواعد الأساسية التى تفرض احترامها على السلطات الإدارية عند التعاقد .

عطاء ، من الناحية المالية وكذلك من الناحية الفنية . فى شأن مقاولة أشغال عامة أو توريد ، هدف المناقصة أن تحدث التناقس حتى يمكن للإدارة اختيار المقاول صاحب السعر الأقل تكلفة وفى نفس الوقت يتمتع بمقدرة فنية فى تحقيق العملية أو المشروع .

والمناقصة لها أنواع ثلاثة :

(أ) المناقصة العامة :

وهى مناقصة مفتوحة لعدد غير محدود من المتناقصين ، بحيث يمكن أن يشترك فيها كل شخص تتوافر فيه شروط المناقصة ويعتقد أنه قادر على تنفيذ العقد . فيقدم كل مشترك عطاءه الذى يتضمن السعر الذى يقبله . والمناقصة العامة قد تكون داخلية معلن عنها فى اليمن ، أو خارجية يعلن عنها فى اليمن والخارج .

(ب) المناقصة المحدودة :

وهى المناقصة التى تكون مقفولة على عدد محدود من الأفراد والشركات المصرية أو الأجنبية تختارهم الإدارة مسبقاً أو بمناسبة عقد معين لاقتناعها بكفاءتهم وقدرتهم المالية والفنية . وتدعوهم الإدارة إلى التنافس فيما بينهم . وفيما عدا ذلك تسرى على المناقصة المحدودة كافة الأحكام المنظمة للمناقصة العامة .

والمناقصة المحدودة تبدو ملائمة للأعمال والتوريدات ذات الأهمية الكبيرة ، كانشاء مطار جوى أو ميناء بحرى أو مفاعل نووى أو توريد أجهزة علمية دقيقة . فى مثل هذه الحالات تقصر الإدارة المناقصة على عدد محدود من المقاولين أو الموردين ذوى الخبرات الفنية الكبيرة التى تتلاءم مع أهمية هذه العمليات . والإدارة تستطيع هنا أن تستبعد أى شخص أو شركة من المناقصة برغم سبق اشتراكه فى مناقصة أخرى ؛ وليس عليها بيان أسباب الاستبعاد .

(ج) المناقصة المحلية :

وهى بحكم اسمها مناقصة يقتصر الاشتراك فيها على المقاولين والموردين المحليين المقيدين فى قائمة تعدها الإدارة سلفا . وفيما عدا ذلك تطبق فى شأنها الأحكام الخاصة بالمناقصة العامة فيما عدا بعض الاستثناءات .

وفى المناقصات بأنواعها الثلاثة ، يتم إرساء المناقصة على الشخص صاحب أقل عطاء ، أى الأدنى سعراً وذلك على اعتبار أنه قد استوفى الشروط والمواصفات التى أعلنت عنها الإدارة عند طرح المناقصة ، وهذا هو ما يسمى بمبدأ آلية المناقصة . غير أنه فى مقابلة هذا المبدأ للإدارة الخيار بين أمرين : إما أن تعتمد المناقصة وعندئذ يجب عليها التعاقد مع الشركة أو الشخص صاحب أقل عطاء ، وإما أن ترفض المناقصة لعدم مشروعيتها أو عدم ملاءمتها وتعدل عن التعاقد مع أى شخص من المتناقصين (الذين اشتركوا فى المناقصة) .

وهناك عدد من المبادىء يجب احترامها فى المناقصات :

١ — ضرورة الإعلان عن المناقصة : ويتم بالطريقة التى يحددها المشرع . ويختلف أسلوبه بحسب نوع المناقصة ، فالنشر فى الجرائد هو أسلوب الإعلان عن المناقصة العامة . بينما الإعلان الشخصى هو أسلوب المناقصة المحدودة والمحلية . وحكمة ضرورة الإعلان هو تحقيق إذاعة كافية للمناقصة واعلام الغير بها حتى يشترك فيها كل من يريد من القادرين على العملية موضوع المناقصة .

٢ — حرية المنافسة : وهذا المبدأ يجد تطبيقه الحقيقى فى المناقصة العامة ، وهو يعنى إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيهم الشروط للتقدم للمناقصة . ذلك أن من حق كل شخص استوفى شروط المناقصة التنافس حتى يرسو العطاء عليه ، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق لغير سبب قانونى . ومع ذلك هذا المبدأ ليس على اطلاقه ، إذ يحده قيدان : القيد الأول يتمثل فيما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة .

والقيد الثانى يتمثل فى أن للإدارة وهى بصدد تنظيمها للمناقصة العامة قد تستبعد بعض الأشخاص الذين يثبت لها عدم قدرتهم المالية أو الفنية والادارة بذلك تهدف إلى توفير وقت وجهد لجان فحص العطاءات والبت فيها .

٣ — المساواة بين المتناقصين : فلكل مناقصة شروطها وميعاد معين للتقدم إليها ، ويجب احترام الشروط والميعاد بطريقة واحدة متساوية بين الجميع . فلا يقبل فى المناقصة أى شخص لم يستوف شروطها أو تقدم بعد الميعاد ، أو تقدم فى الميعاد ولكن لم يدفع التأمين المؤقت كاملا .

٤ — سرية العطاءات : وذلك بأن تكون كل عطاءات المتناقصين فى ظروف مغلقة لا تعرف عنها الإدارة شيئاً أو المتناقصين فيما بينهم حتى وقت فض هذه المظاريف عن طريق لجنة فتح المظاريف. وحكمة هذه السرية هى منع التحايلات بين المتناقصين لرفع الأسعار ومنع محاولات كل متناقص فى استبعاد غيره من الصفقة .

وفى نهاية كلامنا عن المناقصة ، يجب أن نعرف الفارق بينها وبين المزايدة فالمناقصة تكون فى العقود التى ترتب على الدولة والأشخاص العامة أعباء مالية تلتزم بدفعها من خزانتها كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد ، وهى تستهدف حصول الإدارة على أقل سعر ، ويسمى المشتركون فيها المتناقصون . أما المزايدة فهى تكون فى العقود التى على العكس تدخل فى خزانة الدولة والأشخاص العامة عائداً مالياً أو مالا جديداً ، مثل بيع عقار أو منقول أو تأجيرهما ، وهى تستهدف حصول الإدارة على أقل سعر ويسمى المشتركون فيها المزايدون أو المتزايدون .

ثانياً — الممارسة :

وفيها تقوم الإدارة بالتفاوض مع عدد من الأفراد أو الشركات للتعرف على أسعارهم تمهيداً للاختيار من بينها. وتختلف الممارسة عن المناقصة من ناحيتين :

١ — هى لا تخضع لكل الإجراءات التفصيلية المعقدة التى يتطلبها المشرع فى المناقصة (التى سيأتى الكلام عنها) .

٢ — إن الأسعار فى الممارسة لا تتسم بالسرية التى هى المبدأ فى عطاءات المناقصة . فكل مشترك فى الممارسة يعرف السعر الذى يتقدم به المشتركون الآخرون ويمكنه النزول عنه . فالممارسة تتميز بأن سعر كل متنافس يكون معلوماً للمتنافس الآخر بحيث يستطيع أن ينزل بسعره عن سعر غيره . وهذا يعنى أن تدعو الإدارة المتنافسون إلى جلسة واحدة مشتركة ، بحيث يتقدم كل منهم بسعره فى حضور الآخرين ؛ ومن لا يرغب فى الاستمرار عليه أن يكف عن خفض سعره بحيث يستمر التنافس بين الباقين .

وقد تعلن جهة الإدارة عن الممارسة حتى تستطيع التفاوض مع عدد كبير من الأفراد ، وتسمى الممارسة فى هذه الحالة « الممارسة العامة » . وقد تقصر الإدارة المفلوضة على عدد محدود تختاره ؛ وتسمى الممارسة فى تلك الحالة « الممارسة المحدودة » .

ثالثاً : الأمر المباشر :

وهو يسمى أيضاً « الإتفاق المباشر » « أو الشراء المباشر » وفيه تختار الإدارة المتعاقد معها بحرية كاملة ومباشرة وبدون أية إجراءات مسبقة ، كما فى المناقصة أو الممارسة . وأسباب الالتجاء إلى أسلوب الأمر المباشر متنوعة : فهناك أولا حالة الاستعجال التى لا تحتمل الإجراءات الصعبة للمناقصة أو الممارسة . وثانياً قد تتمتع شركة معينة باحتكار قانونى أو فعلى فى موضوع العقد . ومن ناحية ثالثة قد تتمتع العملية التى تريد انجازها الإدارة بطابع السرية مما يحول دون الاعلان عنها بطريق المناقصة أو الممارسة . وأخيراً فى العقود التى تتسم بالاعتبار الشخصى كعقد التزام المرافق العامة يكون الأسلوب الملائم هو حرية التعاقد المباشر .

كيفية التوفيق بين أساليب اختيار المتعاقد السابقة :

هنا يجب أن نلاحظ حقيقة أساسية وهى أن القاعدة العامة التى رجحها المشرع فى أسلوب اختيار الإدارة للمتعاقد معها هو أسلوب المناقصة العامة والاستثناء هو أسلوب المناقصة المحلية (أو المحدودة) والممارسة أو الأمر المباشر .

فنصت المادة السادسة من قانون المشتريات والمخازن الحكومية على الحالات التى يلجأ فيها عادة لأسلوب المناقصة المحلية أو الممارسة أو الأمر المباشر . فنصت الفقرة (أ) من المادة السادسة على أنه يجوز عند الضرورة الالتجاء إلى المناقصة المحلية أو المحدودة فيما لا تزيد قيمته على عشرة آلاف ريال . ونصت الفقرة (ب) على جواز الالتجاء إلى أسلوب الممارسة فيما لا تزيد قيمته عن ألفين ريال . كما نصت الفقرة (ج) على جواز الالتجاء إلى أسلوب الأمر المباشر فيما لا تزيد قيمته عن خمسمائة ريال .

وهناك حالات استثنائية أخرى أضافتها المادة السابعة من القانون وتتمثل فيما يلى :

— بالنسبة للأشياء التى يستلزم الأمر استيرادها من الخارج وكذلك الأعمال والإنشاءات والخدمات التى يتم أداؤها عن طريق شركات أجنبية ، أجازت المادة ٧ـأ التعاقد مع هذه الجهات أو الشركات الأجنبية بأسلوب المناقصة المحدودة أو أسلوب الممارسة . وكذلك أجازت المادة ٧ـب التعاقد بالأمر المباشر فى حالتين : حالة احتكار إنتاج أو بيع السلع المطلوبة أو التى لا توجد إلا لدى شخص بذاته . وحالة الأعمال الفنية التى لا يمكن إجراؤها إلا بمعرفة فنيين أو أخصائيين معينين أو ذوى الكفاءات النادرة . ويشترط فى الحالتين موافقة الوزير المختص فى حالة زيادة القيمة على خمسة آلاف ريال وموافقة كل من الوزير المختص ووزير المالية إذا زادت القيمة على عشرة آلاف ريال .

— كذلك أجازت المادة ٧ـج الخروج على أسلوب المناقصة العامة (التى نصت عليها المادة الخامسة) فى شأن التعاقد على شراء المواد التموينية الأساسية التى تمولها الدولة. ولكن يشترط موافقة كل من وزير المالية ووزير التموين واتفاقهما وكذلك تشترط موافقة مجلس الوزراء فى كل حالة .

— أيضاً أجازت المادة ٧ـد التعاقد عن طريق الممارسة أو الأمر المباشر مع شركات ومؤسسات القطاع العام أو القطاع المختلط التى يصدر بها قرار من مجلس الوزراء لصالح الاقتصاد القومى .

هذا ويلاحظ أن الإدارة لها فى ظل أسلوب المناقصة العامة قدر من حرية التصرف ومن أمثلة ذلك ما يلى : —

١ — للإدارة أن تستبعد مسبقاً من المناقصة العامة عدداً من الأشخاص ترى حرمانهم من الدخول فى المناقصة . وذلك لأسباب مختلفة تبرر ذلك : فقد يكون السبب هو عجز من استبعد عن تنفيذ التزامات سابقة ، وقد يكون السبب أيضاً هو تقدير عام للإدارة عن عدم كفايته رغم عدم سبق تعامل الإدارة معه . والإدارة تقوم بذلك الاستبعاد كاجراء وقائى بهدف المصلحة العامة التى تدفع الإدارة إلى ضمان وجود أشخاص قادرين فى المناقصات ؛ وأحياناً المشرع نفسه يوجب استبعاد بعض الأشخاص ، مثل حالة المتعاقد الذى يتسم تعامله مع الإدارة بالغش والتلاعب أو حالة المتعاقد الذى يحاول رشوة أحد الموظفين .

٢ — وبخلاف الاستبعاد المسبق من المناقصة العامة . وبالنسبة لهؤلاء الذين تقدموا بعطاءاتهم فعلا ، يجوز للإدارة أيضاً استبعاد بعض هذه العطاءات قبل البت فى المناقصة ، وذلك بقرار تصدره لجنة البت فى العطاءات . ويجب أن يكون هذا القرار مسبباً إذا كان العطاء المستبعد هو أقل عطاء (مادة ١٠ من قانون المشتريات والمخازن) ولكن متى تم البت والتقرير فى طلبات الاستبعاد وجب إرساء المناقصة على صاحب أقل عطاء سواء كان هذا العطاء مستوفياً لجميع المواصفات والشروط أم أنه أصبح أصلح العطاءات بعد المناقضه (مادة ٦ من القانون) .

بالإضافة إلى ما سبق ، يجوز لجهة الإدارة فى أحوال معينة ومحددة إلغاء المناقصة كلها سواء قبل البت فيها أو حتى بعد ذلك . وسوف نبين هذه الحالات فى الفقرة التالية عن إجراء المناقصة العامة .

ثانيـاً

إجراءات المناقصة العـامة

المناقصة العامة تمثل — كما قلنا — الأصل العام فى اختيار المتعاقد مع الإدارة . وإجراءات المناقصة العامة طويلة متتابعة الحلقات ، وقد وضع خطوطها الأساسية المشرع فى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية .
وسوف نركز هنا على موضوعين رئيسيين فى إجراءات المناقصة العامة ، هما تقديم العطاءات وانعقاد العقد :

أولا : تقديم العطاءات :

بعد إعلان الإدارة عن المناقصة وبيان موضوعها وشروط العطاءات وقوائم الأصناف أو الأعمال . يستطيع كل راغب فى التعاقد تقديم عطاءه مبيناً به السعر الذى يرضى التعاقد على أساسه . وإعلان الإدارة عن المناقصة وفتحها لمن يشاء الدخول فيها لا يعتبر إيجاباً فى العقد وإنما هو مجرد « دعوة إلى التعاقد » مع الإدارة . وتقديم العطاء من كل مشترك هو الذى يعتبر إيجاباً حقيقياً صادراً عن صاحبه المتناقص . وهذا هو ما أكدته أحكام مجلس الدولة .

والمتناقص بتقديم عطائه ، فهو يوجه الإيجاب للإدارة على أساس شروط المناقصة التى أعلنتها الإدارة والتى تستقل بوضعها دون أى إشتراك من جانب المشتركين فى المناقصة . فهؤلاء ليس أمامهم إلا قبول هذه الشروط والتقدم بإيجابهم على أساسها أو أن يرفضوها ولا يشتركون فى المناقصة . ومع ذلك يجوز لمقدم العطاء أن يرفق بعطائه بعض التحفظات التى هى عبارة عن شروط يضعها من جانبه ، ولكن يشترط ألا تعدل هذه التحفظات أو الشروط الجديدة الشروط العامة للمناقصة السابق الإعلان عنها .

ويجب أن تقدم العطاءات فى مظاريف مغلقة ومختومة كفالة لسرية المناقصة ، كما يجب أن يقدم صاحب العطاء مظروفه للجهة الإدارية المختصة قبل نهاية المدة المحددة لتقديم العطاءات ، ولا يلتفت إلى كل عطاء مقدم بعد هذا الميعاد الذى يحدد عادة باليوم والساعة .

كذلك يجب أن يقدم مع العطاء تأمين مؤقت وإلا استبعد العطاء. وهذا التأمين يمكن أن يكون نقداً كما يمكن أن يتمثل فى خطاب ضمان من أحد البنوك ، كما يمكن لمقدم العطاء أن يطلب من الجهة الإدارية خصم مبلغ التأمين المؤقت من مبالغ مستحقة له لدى الإدارة صاحبة المناقصة وذلك بشرط أن تكون هذه المبالغ قابلة للصرف وقت تقديم العطاء . وحكمة اشتراط دفع التأمين المؤقت هى ضمان جدية العطاء . ذلك أن المتناقص يفقد التأمين المؤقت الذى دفعه إذا سحب عطاؤه قبل فتح المظاريف أو إذا أرسيت عليه المناقصة ورفض دفع التأمين النهائى . ويتم رد التأمين المؤقت إلى من قدمه إذا لم يقبل عطاؤه ، كما يجوز له أن يسترده إذا انتهت المدة المحددة لسريان العطاءات دون البت فيها . أما إذا تم البت وقبل العطاء فيتعين على مقدمه تكملة التأمين المؤقت بحيث يساوى قيمة التأمين النهائى .

وبعد تقديم العطاء يظل سارياً خلال مده معينة تسمى « مدة سريان العطاءات » (وهى غير مدة تقديم العطاءات بعد الإعلان عن المناقصة) . وفى أثناء مدة سريان العطاءات يكون كل عطاء ملزم لصاحبه بمجرد تقديمه ؛ فالعطاء إيجاب ملزم لمن قدمه ولا يجوز له أن يسحبه بعد تقديمه ، وإذا سحبه خلال هذه المدة فقد التأمين المؤقت الذى دفعه . وإذا انتهت مدة سريان العطاءات دون أن يبت فى المناقصة فإن العطاء لا يسقط تلقائياً بل يظل قائماً وتستطيع الجهة الإدارية المختصة قبوله . ولكن يجوز لمقدم العطاء أن يسحبه بعد انتهاء مدة سريان العطاءات ويسترد التأمين المؤقت طالما لم يصل إلى علمه قبول من الجهة الإدارية المقدم إليها العطاء .

وتطبيقاً لمبدأ المساواة بين المتناقصين ، يجب تطبيق أحكام تقديم العطاءات بطريقة واحدة على جميع المشتركين فى المناقصة وبدون تفرقة بينهم . فلا يجوز إذن الإعتداد بعطاء قدم بعد ميعاد تقديم العطاءات أو قدم بدون أن يكون مصحوباً بالتأمين المؤقت . وفى مثل هذه الحالة يجوز أن يتمسك ببطلان العطاء الإدارة صاحبة المناقصة ومقدمو العطاءات الآخرون لأنهم أصحاب مصلحة فى استبعاد كل عطاء مخالف للقواعد . أما مقدم العطاء

الباطل نفسه كما لو كان لم يدفع التأمين المؤقت مثلا ، فلا يجوز له الدفع ببطلان عطائه لأن البطلان غير مقرر لمصلحته كما أن القاعدة أن المقصر لا يجب أن يستفيد من تقصيره .

ثانياً : انعقاد العقـــد :

بعد تقديم العطاءات فى ظروف مغلقة ودفع التأمين المؤقت الواجب دفعه ، تبدأ إجراءات أخرى فى مرحلة ثانية وتنتهى هذه الإجراءات بانعقاد العقد مع الإدارة . والجهات التى تتدخل أثناء هذه الإجراءات التالية لتقديم العطاءات هى [1] :

١ — **لجنة فتح المظاريف :** وتقوم بفتح الصنـــدوق الذى يحتوى على مظاريف العطاءات . وفض هذه المظاريف وفحص العطاءات التى بداخلها والتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها واستبعاد العطاءات التى لا تستوفى الشروط لسبب أو لآخر . وبعد ذلك يكلف موظف بمراجعة العطاءات وتفريغها فى كشوف .

٢ — **لجنة البت فى العطاءات :** وهى تقوم باتمام الإجراءات بقصد الوصول إلى تعيين أفضل المتناقصين . وإختصاصها مقيد تجرى فيه على قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء بقصد كفالة احترام مبدأ المساواه بين المتناقصين جميعاً . وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة فى التعاقد ، بل إنه ليس إلا إجراء تمهيدياً فى عملية العقد الإدارى المركبة . فدورها ينحصر فى التأكد من مطابقة كشوف التفريغ للعطاءات والبت فى طلبات الاستبعاد ، وتقديم توصياتها بالعطاء المناسب .

٣ — **الجهة المختصة بابرام العقد :** بعد توصيات لجنة البت ، يأتى الدور النهائى للجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد . وهذه الجهة إذا رأت أن تبرم العقد فإنها تلتزم بابرامه مع المتناقص الذى عينته لجنة البت . وإختصاصها فى

(١) بينت هذه الجهات المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة فى حكمها بتاريخ ١٩٦٠/٢/١٣

هذه الحالة إختصاص مقيد حيث إنها تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص . إلا أنه يقابل هذا الإختصاص المقيد سلطة تقديرية تتمثل فى حق هذه الجهة الإدارية فى إلغاء المناقصة . وحقها فى إلغاء المناقصة يعنى عدم إتمام العقد والعدول عنه إذا ثبتت ملاءمـــة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة . وسيأتى الكلام بعد قليل عن حق الإدارة فى إلغاء المناقصة .

وفى خلال تلك الإجراءات التى تتدخل فيها الجهات الثلاث هناك عدد من القواعد الأساسية التى تستنتج من أحكام مجلس الدولة فى مجموعها ، و تلك القواعد هى :

١ — يجوز لمقدم العطاء أن يطلب تصحيح الأخطاء المادية التى صدرت عنه فى عطائه ، سواء فى الكتابة أو فى الحساب ، بل إنه يجب على جهة الإدارة تصحيح هذه الأخطاء المادية من تلقاء نفسها ، وإن لم تفعل قام القاضى بتصحيحها بنفسه طالما أنها لا تؤثر على جوهر العطاء . ولكن لا يدخل فى ذلك الخطأ فى تقدير الثمن أو فى تقدير ظروف التوريد وشروطه أو المادة المطلوب توريدها ، لأن الأمر هنا يخرج عن فكرة الأخطاء المادية البسيطة ليتعلق بخطأ مقدم العطاء فى تقدير أمور جوهرية .

٢ — الأصل العام هو أن تقوم لجنة البت بإرساء المناقصة على مقدم العطاء الأقل سعراً . ولكن هذا الأصل أو القاعدة يرد عليه استثناءان :

— يجوز للجنة استبعاد مقدم العطاء الأقل لعدم كفايته الفنية أو المالية أو لسوء سمعته . وحكمة ذلك أن ارساء المناقصة على العطاء الأقل يفترض أن مقدم هذا العطاء له القدرة الفنية والمالية لتحقيق غاية العقد ، ولو ثبت غير ذلك لكان ذلك خطر على المصلحة العامة ، ونفس الشىء فى حالة السمعة السيئة لمقدم العطاء الأقل .

— إذا كان أقل عطاء مقترن بتحفظات ، فلها أن ترسى المناقصة على صاحب العطاء الأقل التالى . ولكن إذا كان سعر هذا الأخير يزيد كثيراً على العطاء الأول المقترن بتحفظات جاز للجنة مفاوضة

صاحب العطاء الأول فى شأن تحفظاته تمهيداً لإرساء المناقصة عليه .

٣ — يجوز لجهة الإدارة إلغاء المناقصة قبل أو بعد البت فيها بمعرفة لجنة البت . وحق الإدارة فى ذلك يقابل مبدأ آلية المناقصة والتزام الإدارة إذا رأت لجنة التعاقد أن تبرم العقد مع صاحب العطاء الأقل الذى كشفت عنه لجنة البت . وحق الإدارة فى إلغاء المناقصة والكف عن التعاقد يجد أساسه فى فكرة أن الإدارة لها تقدير مقتضيات المصلحة العامة .

ولكن حق الإدارة فى إلغاء المناقصة بعد إجرائها لا يجب أن يترك مع ذلك بدون ضوابط . لذلك فهناك حالات محددة لحق الإلغاء : فقبل البت فى المناقصة ، يجوز للإدارة إلغاء المناقصة بسبب الاستغناء عنها نهائياً تبعاً لاحتياجات المصلحة العامة القائمة . كما لو تبين عدم الحاجة للمواد موضوع التوريد ، أو كما إذا بان للإدارة أن وسيلة أخرى غير المناقصة هى أصلح من وجهة نظر المصلحة العامة . وبعد البت فى المناقصة ، يجوز لجهة الإدارة إلغاء المناقصة لأحد أسباب أربعة جاء النص عليها فى المادة الثالثة عشرة من قانون المشتريات والمخازن وهى : إذا تقدم عطاء وحيد فى المناقصة أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء وحيد ، إذا اقترنت العطاءات أو أكثرها بتحفظات غير مقبولة ، إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة السوقية. والسبب الرابع والأخير هو أن تقتضى المصلحة العامة هذا الإلغاء وفيما عدا ذلك لا يجوز إلغاء المناقصة وعدم الأعتداء بنتيجتها تمهيداً لإعادة المناقصة بقصد الوصول إلى ثمن أقل بل يتعين ارساؤها على صاحب الحق فى ذلك أى صاحب العطاء الأقل ، وإلا كان له الحق فى التعويض . ويتضمن هذا التعويض ما تكبده من نفقات للاشتراك فى المناقصة وما استلزمه ذلك من قيامه بإيداع تأمين مؤقت وفيما فاته من فرصة الحصول على الربح الذى كان يأمل فى تحقيقه فيما لو تم التعاقد معه .

٤ — سبق البيان أن تقديم العطاء يعتبر هو الإيجاب من جانب المتناقص ، وإذا كان الأمر كذلك فإن القبول فى العقد هو قراراً للجهة الإدارية المختصة باعتماد قرار لجنة البت ، أى أنه بهذا القرار الصادر من الجهة الإدارية ينعقد

العقد . ومع ذلك يلزم وصول هذا القرار إلى علم الموجب صاحب العطاء الأقل ، لأن القاعدة تقضى بعلم الموجب للقبول . وهنا يصبح التعاقد تاماً ومنتجا أثره الملزم للجانبين . ويلزم أن يصل قبول الإدارة إلى علم مقدم العطاء خلال المدة التى يكون فيها إيجابه قائماً طبقاً لما تحدده شروط المناقصة . فإذا وصل الإخطار بقبول العطاء بعد هذه المدة فإنه لا ينتج أثره ولا ينعقد العقد لفوات المدة المحددة لبقاء الإيجاب . ولكن يجوز لمقدم العطاء مع ذلك قبول واعتماد هذا القبول المتأخر ووقتئذ ينعقد العقد .

٥ — متى أخطرت الإدارة مقدم العطاء بقبول عطائه . يجب عليه فى خلال العشرة أيام التالية أن يودع التأمين النهائى . أو أن يكمل التأمين المؤقت ليصل للقيمة المطلوبة . وهذا التأمين النهائى يضمن تنفيذ العقد تنفيذاً سليما كاملا ، كما أنه يضمن تحصيل الجزاءات والتعويضات وغير ذلك من المبالغ التى قد تستحق للإدارة طبقاً للعقد إلى أن يتم تنفيذه نهائياً وبطريقة مرضية .

وإذا تراخى المتعاقد فى دفع التأمين النهائى . فإن التراخى لا يؤثر بالطبع فى صحة انعقاد العقد الذى سبق أن تحقق بقبول الإدارة وإخطار صاحب العطاء بقبول عطائه ووصول الإخطار إلى علمه . ولكن تكون الإدارة فى هذه الحالة بين أمرين :

— أما فسخ العقد ومصادرة التأمين المؤقت .

— وأما التمسك بالعقد وتنفيذه على حسابه مع حقها فى اقتضاء غرامة التأخير والمطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار التى تترتب على عدم التنفيذ .

الفرع الثـــانى

آثار العقـــود الإدارية

آثار العقود الإدارية تبدو فيها واضحة أهم خصائص النظام القانونى المتميز الذى يطبق على العقود الإدارية ، والذى يختلف بصفة أساسية عن نظام القانون الخاص وبالذات القانون المدنى الذى يطبق على العقود الخاصة المدنية بين الأفراد وكذلك عقود الإدارة المدنية وغير الإدارية . ومن مظاهر تميز النظام القانونى للعقود الإدارية من حيث آثار العقود تمتع الإدارة بسلطات وحقوق استثنائية ازاء المتعاقد معها أثناء سريان العقد . ولكن يقابل هذه السلطات والحقوق للإدارة حقوق خاصة واستثنائية مقابلة للمتعاقد مع الإدارة بهدف تحقيق التوازن . وبالذات لضمان حقوق المتعاقد المالية .

وفى دراستنا لآثار العقود الإدارية سنتعرض أولا لسلطات وحقوق الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها . ثم نتعرض بعد ذلك لالتزامات المتعاقد وحقوقه .

أولا

سلطات وحقوق الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها

القاعدة العامة التى تحكم العقود المدنية فى القانون الخاص هى أن « العقد شريعة المتعاقدين » فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بموافقة الطرفين . وتنطبق هذه القاعدة على كل عقود القانون الخاص سواء تلك المبرمة بين الأفراد وكذلك عقود الإدارة المدنية . فلا يجوز فى القانون الخاص أن يستقل أحد المتعاقدين بتعديل شروط العقد بإرادته المنفردة ، ولا يجوز له من باب أولى إنهاء وإلغاء هذا العقد بدون رضاء الطرف الآخر . لأن القانون الخاص يقوم على المساواة بين أطرافه ، ومن ثم تتساوى الإرادات ولا يكون لطرف فى العقد حقوق أكثر من الطرف الآخر .

ولكن تلك القواعد تتعطل فى العقود الإدارية أو لا تطبق بنفس الشكل . لأن القانون الإدارى والقضاء الإدارى يعترف للإدارة بحقوق وسلطات

استثنائية تضع استثناءات أساسية بنفس القدر على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين . وحكمة هذه السلطات الاستثنائية للإدارة ازاء المتعاقد معها أن العقد الإدارى يتصل مباشرة بتنفيذ وسير المرافق العامة التى تستهدف المصلحة العامة بالدرجة الأولى . ولما كانت الإدارة هى بحكم رسالتها مسئولة أساساً عن ضمان سير المرافق العامة وتحقيق المصالح العامة ، لهذا يعترف لها القانون الإدارى والقضاء الإدارى بهذه الامتيازات والسلطات أثناء تنفيذ العقد الإدارى فمصلحة المرافق العامة واحتياجاتها هى إذن التى تبرر تلك السلطات والامتيازات .

وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا فى كثير من أحكامها عن هذه المبادئ ، ومن ذلك حكمها بتاريخ ٢٠ / ٤ / ١٩٥٧ حيث تقول :

إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص ، مناطه احتياجات المرفق الذى يهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متوازية ومتساوية . إذا بها فى العقود الإدارية غير متكافئة ، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة ، وهذه الفكرة هى التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإدارى . ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه فى تنفيذ العقود ، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة ، بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة « أن العقد شريعة المتعاقدين » ، كل ذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كلية ، وإلا جاز للطرف الآخر فسخه ، وبشرط أن يكون له الحق فى التعويضات إذا اختلت الموازنة فى الشروط المالية كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائماً سلطة انهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر إلا الحق فى التعويضات إن كان لهه وجه ، وهذا على خلاف الأصل فى العقود المدنية التى لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر فإذا ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود فللإدارة أن تتحلل من تعاقدها مع تعويض المتعاقد

عما أصابه من ضرر ، والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر ، وهو يشتمل على عنصرين جوهريين ، هما الخسارة التى لحقت المضرور ، والكسب الذى فاته » .

وإذا أردنا أن نحدد حقوق وسلطات الإدارة ازاء المتعاقد معها ، فإنه يمكن القول بأن أهم تلك الحقوق والسلطات تتمثل فيما يلى :

- حق الإشراف والتوجيه .
- حق توقيع جزاءات على المتعاقد .
- حق تعديل شروط العقد .
- حق إلغاء العقد .

أولا : حق الإشراف والتوجيه :

الإدارة ، مثل أى متعاقد آخر . لها حق مراقبة تنفيذ التزامات المتعاقد معها . ولكن بجوار ذلك للإدارة حق استثنائى أكثر من أى متعاقد آخر فلها سلطة إشراف وتوجيه على المتعاقد معها فى أسلوب تنفيذه لالتزاماته ؛ وفى نطاق هذه السلطة لها حق إصدار أوامر ملزمة للمتعاقد معها فى أن ينفذ تلك الالتزامات على نحو معين أو على نحو آخر . ولنأخذ مثالا على ذلك فى عقد الأشغال العامة : ففيه يخضع المقاول المتعاقد مع الإدارة لإشراف وتوجيه دائم من المهندس المعين من الجهة الإدارية المختصة لأجل متابعة المشروع ،

ويقوم هذا المهندس مندوب الإدارة بوضع تقارير دورية عن مدى التقدم أو عدم التقدم فى التنفيذ ومدى احترام المقاول المتعاقد للبرنامج الزمنى لهذا التنفيذ . ولمهندس الإدارة المتعاقدة صاحبة العمل حق إصدار أوامر للمقاول واجبة النفاذ لاحترام شروط التنفيذ واستعمال المواد التى يراها ملائمة لسلامة التنفيذ طبقاً للمواصفات . والمقاول يرتكب خطأ يجعله معرضاً لجزاءات توقعها عليه الإدارة المختصة إذا هو لم يمكن المهندس المشرف على التنفيذ من ممارسة صلاحياته الإشرافية .

ثانياً : حق توقيع جزاءات على المتعاقد :

قد يرتكب المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ التزاماته فى العقد مخالفات متعددة : فهو قد يمتنع عن التنفيذ ، أو يقوم بتنفيذ مخالف للمواصفات ، أو يتأخر عن المواعيد المحددة فى برنامج التنفيذ ، أو أن يتنازل عن تنفيذ العقد لمقاول من الباطن بدون موافقة الإدارة ، كما أنه قد لا يحترم تعليمات المهندس المشرف أو لا يمكنه من مزاولة هذا الإشراف . . : ففى حالة مثل هذه المخالفات من جانب المتعاقد مع الإدارة . لم يترك القانون الإدارة فى مثل هذه الظروف للقواعد المطبقة فى القانون الخاص التى لا تسمح إلا بمجرد الالتجاء إلى القضاء أو مجرد الدفع بعدم التنفيذ . فمثل هذه القواعد المقررة فى القانون الخاص فى مواجهة المتعاقد المخالف لالتزاماته غير كافية لحماية مصلحة المرفق العام الذى تمثله الإدارة المتعاقدة . لهذا فالقانون الإدارى يعطى الإدارة حق توقيع جزاءات مباشرة على المتعاقد الذى خالف قواعد العقد وهذه الجزاءات متنوعة وتشمل ما يأتى :

— غرامة التأخير .
— مصادرة التأمين .
— التنفيذ على حساب المتعاقد .
— فسخ العقد .

(أ) غرامة التأخير :

وهى مبلغ من المال محدد سلفاً ويفرض على المتعاقد أداؤه إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها فى العقد . والأصل أن يتضمن العقد الإدارى شرطاً خاصاً ينظم غرامة التأخير ويحدد مقدارها ، ولا يكاد يخلو عقد إدارى من النص عليها ووجوب اقتضائها من المتعاقد إذا أخل بمواعيد التنفيذ . وإذا حدث ولم يتضمن العقد النص على غرامة التأخير فإن المشرع فى اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات قد نص عليها وحددها فيطبق نص المشرع إذا خلا العقد من النص عليها (مادة ٩٣ ومادة ١٠٥ من اللائحة) .

وغرامة التأخير تكون مستحقة الأداء.القرار يصدر من الإدارة المتعاقدة ودون حاجة لاستصدار حكم قضائي بها . وللإدارة أن تلزم المتعاقد معها بدفعها بمجرد حصول تأخيره فى التنفيذ عن الميعاد المحدد فى العقد ، ودون حاجة لإثبات تحقق ضرر ما أصاب المرفق العام نتيجة هذا التأخير . كما أن ليس للمتعاقد المتأخر أن يتحلل من دفعها بحجة أن المرفق لم يصبه أى ضرر. فالضرر لبس شرطاً لاستحقاقها ، وإنما هو مجرد التأخير لأن التأخير فى ذاته يمثل خسارة مؤكدة ومفترضة دائماً . وفى هذا تفترق غرامة التأخير عن الشرط الجزائى الذى يشترط لتطبيقه ولاستحقاقه حصول الضرر . وفى هذا تقول المحكمة الإدارية العليا :

« ومن حيث أن غرامات التأخير فى العقود الإدارية تختلف فى طبيعتها عن الشرط الجزائى فى العقود المدنية ذلك أن الشرط الجزائى فى العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدماً يستحق فى حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر وأعذار للطرف المقصر وصدور حكم به وللقضاء أن يخفضه إذا ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذى لحق بالمتعاقد . بينما الحكمة فى الغرامات فى العقود الإدارية هى ضمان تنفيذ هذه العقود فى المدة المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ولذا فإن الغرامات المنصوص عليها فى تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها ولها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التى عساها تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم باثبات حصول الضرر كما لا يقبل إبتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن جهة الإدارة فى تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد إنما قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ فى هذه المواعيد دون أى تأخير وأن الضرر الذى يصيب المرفق مفترض وقوعه وتحققه بمجرد حصول التأخير لإخلال ذلك ومساسه بحسن سير العمل بالمرفق بانتظام واضطراد » .

(أحكام بتاريخ ٢٧ / ٤ / ١٩٦٣ و ٨ / ٢ / ١٩٦٤ و ١١/١٢/١٩٦٥ .

ولكن مع ذلك يسمح القضاء الإدارى لجهة الإدارة أن تعفى المتعاقد من غرامة التأخير كلها أو بعضها أى أن لها أن تتجاوز عنها ، إذا هى قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أى ضرر من جراء التأخير (حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢١ / ٣ / ١٩٧٠) . كذلك إذا كان التأخير راجعاً إلى القوة القاهرة فإن المتعاقد يعفى من غرامة التأخير إذا ثبت ذلك .

(ب) مصادرة التـــأمين :

طبقاً للمادة ٥١ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات « يجب على صاحب العطاء المقبول أن يودع فى مدة لا تتجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالى لإخطاره بقبول عطائه تأميناً يوازى عشرة فى المائة أو أن يكمل التأمين المؤقت إلى ما يوازى عشرة فى المائة من مجموع قيمة الأصناف أو العملية التى رست عليه ، وذلك لضمان تنفيذ العقد » — وقد سبق أن أشرنا إلى هذا التأمين الذى يسمى بالتأمين النهائى .

وهكذا فالجزاء الثانى الذى يمكن أن توقعه جهة الإدارة على المتعاقد معها هو مصادرة التأمين النهائى الذى دفعه عند التعاقد ، وتكون المصادرة بقرار من الإدارة وتقوم الإدارة بمصادرة التأمين إذا اضطرت إلى فسخ العقد نتيجة عدم قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته ، ولكن تجوز هذه المصادرة أيضاً حتى دون فسخ العقد وبعد إتمام التنفيذ إذا كان المتعاقد قد قام بالتنفيذ على غير الوجه المطلوب أو تراخى فى هذا التنفيذ أو عموماً قصر فى هذا التنفيذ (حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٢ / ٤ / ١٩٦١) .

ومصادرة التأمين كجزاء توقعه الإدارة — كما قلنا — بقرار منها دون حاجة إلى حكم قضائى تماماً مثل غرامة التأخير . كذلك للإدارة مصادرة التأمين دون أن تضطر لإثبات حصول ضرر بالمرفق العام ، إذ أن مصادرة التأمين هى جزاء يحق للإدارة توقيعه بمجرد حدوث إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقاً للعقد ، كما لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يثبت أن

الضرر الذى لحق جهة الإدارة يقل عن التأمين . ولكن على العكس من حق الإدارة إلى جانب مصادرة التأمين أن تطالب المتعاقد المقصر بتعويض الأضرار التى تزيد من قيمتها عن مبلغ التأمين ، ذلك أن التأمين قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذى يحق للإدارة اقتضاؤه ، ولكنه يقيناً لا يمثل الحد الأقصى لما قد يطلب من تعويض فى حالة حدوث أضرار بالمصلحة العامة للمرفق تجاوز قيمة التأمين .

(انظر فى كل ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢ / ١ / ١٩٦٥)

وأخيراً حق جهة الإدارة فى مصادرة التأمين هو حق أصيل مصدره نص المشرع . ومن ثم حق المصادرة لهذا التأمين يتأكد للإدارة ولو لم ينص عليه صراحة فى العقد (حكم المحكمة الإدارية العليا سابق الإشارة إليه بتاريخ ٢ / ١ / ١٩٦٥) .

(ج) التنفيذ على حساب المتعـــاقد :

هذا الجزاء يفترض عدم قيام المتعاقد بتنفيذ العقد أو إخلاله فى هذا التنفيذ إخلالا جسيما . فتعمل الإدارة على تنفيذ العقد عن طريق آخر غير المتعاقد المقصر وعلى نفقته وحسابه .

وقيام الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد له صورتان فى العمل :

١ — أن تقوم جهة الإدارة بتنفيذ العقد بنفسها مباشرة وعن طريق موظفيها وعمالها . فإذا تمثل العقد فى عقد توريد قامت هى نفسها بالتوريدات المطلوبة للمرفق الذى يتبعها ، وإذا تمثل العقد فى أشغال عامة قامت هى بتنفيذ الأعمال المطلوبة للمرفق بأموالها وبعمالها . وتلجأ الإدارة للتنفيذ مباشرة بنفسها وبأموالها وعمالها فى أحوال الضرورة أو الاستعجال التى لا تحتمل البحث عن متعاقد آخر جديد .

٢ — التنفيذ عن طريق متعاقد آخر جديد . وقد يكون ذلك بأن تقوم الإدارة باجراء مناقصة جديدة مثلا لاختيار متعاقد آخر يقوم بالتنفيذ محل

المتعاقد المتخلف أو الممتنع ، أو أن تقوم الإدارة باختيار المتعاقد الجديد عن طريق الممارسة أو بأسلوب الأمر المباشر .

وفى هاتين الصورتين ، تطبق الأحكام التالية :

١ — يجوز للإدارة تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر أو المتخلف دون حاجة لأعذار هذا الأخير أو إعطائه مهلة إضافية (حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٨ / ٢ / ١٩٦٤) .

٢ — إلتجاء الإدارة إلى تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر لا ينهى الرابطة التعاقدية أى لا يؤدى إلى إنهاء العقد أو فسخه . ذلك أن كلا من تنفيذ العقد على حساب المتعاقد وإنهاء العقد يعتبران جزاءان منفصلان ومستقلان ، ولا يجوز الإدارة الجمع بينهما . فإذا هى اختارت الجزاء الأول أى تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر أو المتخلف : إمتنع عليها إنهاء العقد أو فسخه فى نفس الوقت . فتبقى العلاقة التعاقدية قائمة مع ذلك بينها وبين المتعاقد المقصر مع تحمل هذا الأخير بجميع الآثار المالية الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه طبقاً للفقرة التالية .

٣ — يتحمل المتعاقد المقصر الذى تم التنفيذ على حسابه بالمبالغ الآتية فى مواجهة جهة الإدارة :

— فرق السعر إذا كان بالزيادة مع حرمانه من المطالبة بالفرق إذا كان السعر بالنقص أو أقل .

— الفرق فى نسبة الجودة إذا وجد . ويتحقق ذلك مثلا فى عقد التوريد إذا اضطرت الإدارة نتيجة إعادة التعاقد إلى الحصول على أصناف أقل جودة مما هو مبين فى عقد التوريد الأصلى . وعلى العكس يلتزم المتعاقد الأصلى المقصر بدفع فرق الجودة إذا اضطرت الإدارة إلى الحصول على أصناف أجود من السوق وبثمن أعلى بالتالى .

— المصاريف الإدارية إذا أثبتت جهة الإدارة أنها تحملت خسائر ونفقات خاصة نتيجة قيامها بالتنفيذ على حساب المتعاقد المتخلف ،

كما لو اضطرت لاجراء مناقصة جديدة بمراحلها المختلفة وما يستتبعه ذلك من نفقات ومصاريف .

— غرامة التأخير . فهى تستحق فى كل الأحوال نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته فى المواعيد المحددة والمفروض أن المتعاقد لم ينفذ أو امتنع ، لذا تستحق دائماً غرامة التأخير .

— الفوائد التأخيرية أو القانونية التى تستحق على فرق السعر أو الثمن ، كما تسرى هذه الفوائد القانونية أيضاً على المصاريف الإدارية ومبلغ غرامة التأخير . وتستحق هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية طبقاً للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى باعتبارها تضع مبدأ عاماً .

— ولكن لا يحق للإدارة مصادرة التأمين النهائى طبقاً لقضاء المحكمة الإدارية العليا ، لأن مصادرة التأمين ترتبط أساساً بجزاء إنهاء العقد أو فسخه (نص المادة ١٠٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات) ولا يجوز للإدارة أن تجمع بين جزائى التنفيذ على حساب المتعاقد وجزاء إنهاء العقد أو فسخه فى نفس الوقت (حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٨ / ٢ / ١٩٦٤ . وحكمها بتاريخ ١٤ / ٣ / ١٩٦٤) .

٤ — فى عقود التوريد : التنفيذ على حساب المتعاقد المتخلف عن التزاماته يقتضى فى الأصل أن تشترى الإدارة أصناف مطابقة للمواصفات المبينة فى العقد وبنفس الجودة . ولكن هذا الأصل فى المطابقة مقرر لمصلحة الإدارة وبالذات لمصلحة المرفق العام ، ومن ثم فيحق للإدارة التنازل عن شرط الأصناف المطابقة وقبول أو شراء أصناف أقل جودة أو أكثر جودة إن لم يتحقق وجود ذات الأصناف المطابقة للعقد فى السوق . وفى هذه الحالة يلتزم المتعاقد الذى تم تنفيذ العقد على حسابه بأداءه فرق الثمن والجودة حتى لا يستفيد المقصر من تقصيره (حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٦ / ١٢ / ١٩٦١ وحكمها بتاريخ ١٧ / ٣ / ١٩٦٢) .

(د) فسخ العقـــد :

وهو أخطر الجزاءات التى يمكن أن توقعها جهة الإدارة على المتعاقد معها وهو يفترض ارتكاب المتعاقد خطأ جسيما أو تقصيراً أو إخلالا خطيراً بالتزاماته ، فتقوم الإدارة بفسخ العقد أى إنهائه كجزاء له على هذا التقصير الشديد أو الخطأ الجسيم ، وينتج عن ذلك أن يفقد المتعاقد كل حقوقه المستمدة من العقد بما فى ذلك ضياع التأمين الذى دفعه . والإدارة بالإضافة إلى فسخ العقد قد تطالب بالتعويض عن الأضرار التى أصابت الإدارة بسبب خطأ الأشغال العامة بنفقات أكبر نتيجة زيادة المواد الأولية وأجور العمال أو كما لو اضطرت إلى توريد الأصناف اللازمة للمرفق بأسعار أعلى بكثير من أسعار العقد .

ونظراً لخطورة جزاء فسخ العقد بما يتضمنه من إسقاط حقوق المتعاقد بما فى ذلك التأمين بالإضافة إلى إمكانية مطالبة المتعاقد بالتعويض ، فإن القضاء الإدارى (مجلس الدولة) لا يسمح للإدارة بتوقيع هذا الجزاء إلا بشرط أن يكون خطأ المتعاقد على قدر من الجسامة والخطورة .

وفسخ العقد كجزاء على الخطأ الجسيم للتعاقد ، يجب ألا نخلط بينه وبين إلغاء الإدارة للعقد لأسباب تتصل بالصالح العام وبدون خطأ من جانب المتعاقد (وسوف نتكلم عن إلغاء العقد فيما بعد) .

ومن حالات الخطأ الجسيم التى تعطى الإدارة الحق فى فسخ العقد مع مصادرة التأمين والتعويض ، نذكر بعض الحالات التى أشارت إليها اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات :

١ — إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب فى معاملته مع الإدارة .

٢ — إذا شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد الموظفين أو تواطأ معه

٣ — إذا أفلس أو أعسر .

٤ – إذا لم يقم المورد بالتوريد فى الميعاد المحدد فى العقد أو خلال المهلة الإضافية .

كانت هذه الجزاءات الأربعة التى يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد معها فى عقد من العقود الإدارية ، وهى اقتضاء غرامة التأخير – مصادرة التأمين النهائى – التنفيذ على حساب المتعاقد – فسخ العقد . وتجب الإشارة أخيراً إلى أن هناك عدد من القواعد العامة المشتركة التى تطبق على هذه الجزاءات جميعها :

١ – هذه الجزاءات الأربعة تمثل حقوقاً أصيلة للادارة فى العقد الإدارى بهدف ضمان مصلحة المرفق العام الذى يرتبط به العقد . ومن ثم فللإدارة حق توقيع هذه الجزاءات من حيث المبدأ ولو لم ينص عليها العقد الإدارى صراحة ، فهى مقررة إذن بقوة القانون وبدون حاجة للنص عليها فى العقد .

٢ – الإدارة لها حق توقيع هذه الجزاءات وتنفيذها بإرادتها المنفردة وبدون أن تلتزم بالإلتجاء للقضاء . ومن ثم تبدو واضحة امتيازات السلطة العامة فى شأنها .

٣ – يجوز للإدارة فى الأصل أن تجمع بين هذه الجزاءات طالما تحقق السبب الموجب والمبرر لتوقيع كل منها . ومن ثم يجوز للإدارة اقتضاء غرامة التأخير ومصادرة التأمين فى نفس الوقت ، فإذا حدث تقصير فى التنفيذ أو لم ينفذ المتعاقد التزاماته تجوز مصادرة التأمين النهائى بالإضافة لحق الإدارة فى غرامة التأخير لأنها تستحق بمجرد فوات الميعاد المحدد للتنفيذ . لكن لا يجوز الجمع بين جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد وبين جزاء فسخ العقد بما يترتب عليه من مصادرة التأمين وإسقاط حقوق المتعاقد ، فالإدارة فى حالة التقصير الشديد من جانب هذا الأخير ، لها الخيار بين التنفيذ على حسابه وعلى مسئوليته وبين فسخ العقد مع نتائج ذلك .

٤ – مجلس الدولة بوصفه جهة القضاء الإدارى ، يراقب الإدارة فى استعمالها لسلطتها فى توقيع الجزاءات المشار إليها . ومجلس الدولة يشترط

أن تكون خطورة الجزاء متناسبة ومتلائمة مع خطورة أو درجة تقصير المتعاقد ، حتى لا تتعسف الإدارة فى استعمال سلطتها . وللمتعاقد أن يطعن أمام مجلس الدولة فى عدم مشروعية جزاء الإدارة لعدم تناسبه مع الخطأ الذى ارتكبه ، والقاضى الإدارى إذا وجد أن الجزاء غير مشروع فهو لا يقوم بإلغائه بل يقتصر على الحكم بالتعويض على الإدارة لمصلحة المتعاقد (١) .

ثالثاً : حق تعديل شروط العقــد :

من امتيازات السلطة العامة التى تتمتع بها الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإدارى حقها فى تعديل شروط العقد بما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد الآخر ، ودون حاجة لموافقة هذا الأخير . وأساس حق أو سلطة الإدارة فى التعديل هو متطلبات المرافق العامة واحتياجاتها التى قد تقتضى مثل هذه التعديلات ، ونحن نعلم أن العقد الإدارى بحكم تعريفه يتصل بتنفيذ وسير المرافق العامة . ومن ثم فى كل مرة يتطلب سير تلك المرافق بانتظام واضطراد تعديلات فى العقود الإدارية ـ قامت الإدارة باجرائها ، وليس للمتعاقد معها أن يرفضها بل عليه أن يقبلها وينفذها احتراماً لاحتياجات المرافق العامة .

وهكذا نلمس الفارق بين العقد الإدارى والعقد المدنى فى نطاق القانون الخاص . ففى العقد المدنى تسود قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يقوم بارادته المنفردة بتعديل شروط العقد دون موافقة الطرف الآخر ومهما كانت الظروف أو المبررات . أما فى العقد الإدارى فلا يمكن أن تنطبق هذه القاعدة على إطلاقها ، فتأتى سلطة الإدارة الاستثنائية فى تعديل شروط العقد الإدارى لتضع إستثناء هاماً وخطيراً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

وصور تعديل شروط العقد يمكن أن تتنوع وتختلف حسب الظروف ، وهى يمكن أن تشمل على سبيل المثال ما يلى :

(١) الجزاءات الموقعة أثناء سير العقد بما فى ذلك جزاء الفسخ لا تعتبر قرارات إدارية ، وإنما هى اجراءات متصلة بتنفيذ العقد ومرتبطة بالتالى بقضاء العقد الذى هو من القضاء الكامل وليس قضاء الإلغاء .

١ — تعديل كمى بزيادة التزامات المتعاقد . مثل زيادة مقدار أو كمية الأدوات والأصناف الموردة بنسبة معينة أو إضافة حجرات أو ملحقات جديدة بالمبنى أو المبانى التى تقرر إنشاؤها فى عقد الأشغال العامة .

٢ — تعديل كمى بإنقاص التزامات المتعاقد ، مثل على العكس خفض مقدار أو كمية المواد الموردة بنسبة معينة فى عقد التوريد ، أو إلغاء أجزاء أو حجرات معينة فى المبانى بالنسبة لعقد الأشغال العامة .

٣ — تعديل نوعى فى حدود معينة ، مثل تغيير فى التنظيم الداخلى للحجرات أو القاعات فى المبانى والأشغال العامة دون إضافة وحدات أو حجرات جديدة أو مع إضافات جديدة .

٤ — تعديل فى البرنامج الزمنى للتوريدات أو تنفيذ الأعمال ، سواء بالإسراع أو الإبطاء أو وضع نظام أولويات فى تنفيذ بعض التوريدات وبعض الأعمال قبل غيرها .

وإذا كان لجهة الإدارة سلطة استثنائية فى إحداث تعديلات فى شروط العقد الإدارى على هذا النحو لمصلحة واحتياجات المرافق العامة ، إلا أنه من الضرورى فى نفس الوقت وضع الضوابط أو الحدود على سلطتها فى التعديل لحماية المتعاقد الآخر ، وفيما يلى تلك الضوابط والحدود التى تقيد الإدارة فى سلطتها فى التعديل :

١ — نظراً لأن حق الإدارة فى تعديل شروط العقد الإدارى يجد سنده وحكمته فى احتياجات المرافق العامة التى تتصل بها العقود الإدارية ، فمن المستقر أن حق الإدارة فى التعديل ينحصر فقط فى شروط العقد التى تتعلق مباشرة بسير المرفق العام وحاجاته ولظروف طرأت بعد توقيع العقد تبرر التعديل . أما الشروط المالية فى العقد التى لا تتعلق بعمل وسير المرفق وإنما تتصل بالمزايا والحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة فلا يجوز أن تعدلها الإدارة ، ومن ثم إذا جاز للإدارة تعديل التوريدات أو الأعمال بالزيادة أو النقصان مثلا فلا يجوز لها خفض الأسعار المتفق عليها فى عقد التوريد أو عقد الأشغال

العامة ، لأن فئات ونسب الأسعار هي حقوق مالية خالصة للمتعاقد لا يحق للإدارة المساس بها .

٢ — التعديل في شروط العقد الخاصة بسير ونشاط المرفق له أيضاً حدود معقولة لا يجوز تعديلها :

— فإذا كان التعديل كمياً بالزيادة أو النقصان ، فلا يجوز أن يزيد عن نسبة معينة من التزامات المتعاقد . وأحياناً يأتي النص على هذه النسبة المسموح بها في القوانين أو اللوائح . وأحياناً يتم النص عليها في العقد نفسه وإذا لم ينص عليها فإن القضاء الإداري يضع هذه النسبـــة .

— إذا كان التعديل نوعياً . فهو يجب ألا يغير موضوع العقد أو جوهر التزامات المتعاقد . فمثلا في عقد التوريد لا يجوز للإدارة المطالبة بتوريد أصناف ومهمات من نوعية تختلف عن المنصوص عليه في العقد ، وفي عقد الأشغال العامة لا يجوز للإدارة أن تغير نوعية وطبيعة المشروع أو العملية بحيث تطلب إنشاء مشروع آخر مختلف تماماً أو إلى حد كبير . والقضاء الإداري يراقب الإدارة في ممارسة سلطتها في التعديل بحيث لا تخرج عن موضوع العقد .

٣ — إذا قامت الإدارة بتعديل شروط العقد على خلاف الضوابط السابقة ، أي إذا هي مست بالتعديل الشروط المالية ، أو إذا هي بدون أن تعدل الشروط المالية قامت بتعديل الشروط الأخرى المتصلة بالمرفق بنسبة كبيرة تتجاوز المسموح به أو عدلتها نوعياً بما يلزم المتعاقد بأشياء تخرج تماماً عن موضوع العقد ، في هذه الحالات من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطلب من القاضي الإداري فسخ العقد وإنهائه تماماً مع حقه في مطالبة الإدارة بالتعويض . والتعويض يشمل كقاعدة عامة ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب .

رابعاً : حق إلغـــاء العقد :

وهذه السلطة المعطاة للإدارة تختلف عن حقها فى فسخ العقد كجزاء توقعه على المتعاقد فى حالة إرتكابه خطأ جسيا أو إخلالا جسيا بالتزاماته . فإلغاء العقد يعنى حق جهة الإدارة فى أن تلغى أو تنهى العقد أثناء سريانه أو قبل انتهاء مدته برغم عدم ارتكاب المتعاقد معها لأى خطأ ، وذلك متى كانت المصلحة العامة تقتضى ذلك من وجهة نظر الإدارة . وأساس حق الإدارة فى إلغاء العقد هو نفس الأساس الذى يسمح لها بتعديل شروط العقد ، فهو دائماً احتياجات المرافق العامة أو مقتضيات سير المرافق العامة . تلك هى فكرة المصلحة العامة التى تمثل سبب أو مبرر إلغاء العقد .

ولما كان حق الإدارة فى إلغاء العقد يجد أساسه فى ضرورات ومقتضيات المرافق العامة ، لذلك كان حق الإلغاء حقاً أصيلا مقرراً للإدارة بقوة القانون حتى ولو لم ينص عليه صراحة فى العقد . بل لو تصورنا أن هناك نصاً يستبعد هذا الحق صراحة فى العقد كان هذا النص باطلا ، تماماً مثل حق الإدارة فى تعديل شروط العقد لمقتضيات ومصلحة المرافق العامة .

والإدارة هى التى تقدر استعمال حقها فى الإلغاء أم لا ، أى أن لها سلطة تقديرية فى هذا الشأن لأنها هى التى تستطيع تقدير حاجات المرافق العامة الخاضعة تحت إدارتها ، ولكن سلطتها التقديرية مثل أية سلطة تقديرية أخرى تخضع لقيد عدم الانحراف فى استعمال السلطة . ومن ثم إذا تحقق للقضاء الإدارى أن الإدارة ألغت العقد دون أن تكون هناك مصلحة عامة تقتضى ذلك ، فانه يحكم بالتعويض الكامل للمتعاقد الذى يضر هذا الإلغاء بحقوقه المالية .

وفى ظل الوضع العادى حيث تقوم الإدارة بإلغاء العقد لمصلحة عامة بالفعل ، ينتج عن الإلغاء انحلال الرابطة التعاقدية وعودة الطرفين المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، فيرد كل منهما للآخر ما تسلمه ، فإذا استحال ذلك حكم القاضى بالتعويض لمصلحة المتعاقد مع الإدارة حيث

أنه لا دخل له فى إلغاء العقد الذى تم بإرادة الإدارة . وفى كل الأحوال من حق المتعاقد طلب التعويض عما أصابه من ضرر وما فاته من كسب نتيجة إلغاء العقد (حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠ / ٤ / ١٩٥٧ ، وحكمها بتاريخ ١١ / ٤ / ١٩٧٠) .

الفرع الثانى

إلتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة

أولا .

التزامات المتعاقد مع الإدارة

تنحصر التزامات المتعاقد مع الإدارة فى التزام رئيسى يجمعها كلها هو التزامه بتنفيذ كافة الشروط الواردة بالعقد . وعادة توجد هذه الشروط بملحق يسمى دفتر الشروط . والمتعاقد فى تنفيذه لالتزاماته الموجودة فى شروط العقد يجب أن يخضع لإشراف وتوجيه الإدارة الطرف الأول فى العقد وأن ينفذ الأوامر التى توجهها إليه الإدارة أو من يمثلها فى نطاق سلطتها فى التوجيه والإشراف . ولا يعفى المتعاقد من التزاماته إلا بسبب القوة القاهرة وحدها ، والقوة القاهرة عموماً هى كل حادث لا يمكن توقعه وقت التعاقد كما أنه يستحيل دفعه أو تلافى آثاره ويكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين .

وفى غير القوة القاهرة ، يجب على المتعاقد أن ينفذ التزاماته العقدية بنفسه ، ولا يجوز أن ينزل عنها أو يحيلها لغيره ، كما لا يجوز له تنفيذها عن طريق مقاولين من الباطن إلا بموافقة صريحة وكتابية من جهة الإدارة . وإذا حدث أن تنازل المتعاقد عن التزاماته أو بعضها فإن هذا التنازل لا يعتد به ويقع لاغياً أو باطلا ، كذلك لو تعاقد من الباطن فان هذا التعاقد يصبح كأن لم يكن فى مواجهة الإدارة ويبقى المتعاقد الأصلى وحده مسئولا أمامها .

كذلك لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن التنفيذ أو يتوقف عن التنفيذ بحجة أن الإدارة قد أخلت بالتزاماتها فى مواجهته ، فليس للمتعاقد إذن حق

الدفع بعدم التنفيذ . فهذا الحق المقرر للأفراد فى عقود القانون الخاص لا لا يوجد فى العقود الإدارية ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة التمسك به . فطبقاً لقضاء المحكمة الإدارية العليا . الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز فى العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولإتصالها بالمرفق العام الذى يجب أن يسير بانتظام وإضطراد (حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٨ / ١ / ١٩٧٨) . وبناء على ذلك على المتعاقد أن يستمر فى تنفيذ التزاماته بالرغم من أخطاء الإدارة طالما أن هذا التنفيذ ممكناً . ثم يطالب فيما بعد جهة الإدارة بالتعويضات عن إخلالها بالتزاماتها . وفى هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ٥ يوليو ١٩٦٩ :

« لما كان العقد الإدارى يتعلق بمرفق عام . فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق . بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله . بل يتعين عليه — إزاء هذه الاعتبارات — أن يستمر فى التنفيذ ما دام ذلك فى استطاعته . ثم يطالب الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها . إن كان لذلك مقتض ، وكان له فيه وجه حق . فلا يسوغ الإمتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة . وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى » .

ثانياً :

حقوق المتعاقد مع الإدارة

حقوق المتعاقد مع الإدارة تسودها وتهيمن عليها فكرة أساسية هى أن هذا المتعاقد يسعى إلى تحقيق الكسب والعائد المالى ، وإلى جانب هذه الفكرة تضاف فكرة أخرى مقتضاها أنه يجب مساعدة المتعاقد مع الإدارة من الناحية المالية إذا ما حدثت صعوبات تجعل تنفيذ العقد عسيراً وشاقاً بالنسبة له ، وغاية مساعدة المتعاقد هو ضمان استمرار تنفيذ العقد بهدف ضمان مصلحة المرفق العام الذى يرتبط به هذا العقد . وسوف تظهرها تان الفكرتان من خلال عرضنا لحقوق المتعاقد بقدر من التفصيل .

وحقوق المتعاقد ثلاثة وتتمثل فى : الحصول على المقابل المالى — تقاضى بعض التعويضات — التوازن المالى . ونتناولها تباعاً :

أولا : الحصول على المقابل المـــالى :

والمقابل المالى يمثل الحق الأساسى للمتعاقد مع الإدارة . الذى يغطى نفقاته وتكاليفه وكذلك — بالنسبة لما يتبقى — أرباحه ومكاسبه المشروعة . ويأخذ المقابل المالى للمتعاقد صوراً مختلفة باختلاف العقود فهو عقد فى التزام المرافق العامة يتمثل فى الرسوم التى يتقاضاها الملتزم (المتعاقد) من المستفيدين أو المنتفعين بخدمات المرفق ، وفى عقد الأشغال العامة وعقد التوريد ومعظم العقود الإدارية الأخرى يتمثل المقابل المالى فى الثمن المتفق عليه فى العقد .

والمستقر فقها وقضاء أن الإدارة لا يجوز أن تمس المقابل المالى للمتعاقد أو حقوقه المالية عموما ، فهى لا تملك تعديل الشروط المالية للعقد لتعلقها بحقوق المتعاقد الخاصة ، وكما قلنا سلطة الإدارة فى تعديل العقد تتناول فقط الشروط المتصلة بتيسير المرفق العام .

والقاعدة العامة فى استحقاق المتعاقد مع الإدارة للمقابل المالى أو ثمن العقد أن هذا الثمن يتم دفعه للمتعاقد بعد أداء الخدمة . فالدولة أو الإدارات العامة لا تدفع المقابل أو الثمن مقدماً ، بل تدفعه كقاعدة عامة بعد تأدية خدمات أو أعمال أو توريدات حصلت وتمت بالفعل . وتطبيقاً لذلك لا يقبض الموظف مرتبه مقدماً بل فى نهاية كل شهر عن خدماته فى الشهر المنقضى .

ولكن هذه القاعده العامة يرد عليها أحياناً إستثناءات بالنسبة لبعض العقود الإدارية التى يستغرق تنفيذها أجلا طويلا وتقتضى من المتعاقد دفع مبالغ كبيرة من رأسماله مقدماً لأجل التنفيذ ، فتطبيق قاعدة دفع الثمن بعد انتهاء الخدمات على إطلاقها يضر بالمتعاقد ضرراً شديداً ويضر بالدولة والمرافق العامة لأنه يؤدى إلى إحجام الأفراد الأكفاء عن التعاقد مع الدولة كما أنه

يؤدى إلى ارتفاع أسعار العقود حتى يحمى المتعاقدون أنفسهم ضد التطبيق الجامد لقاعدة الدفع بعد نهاية الخدمات والأعمال .

لذلك توجد بعض الاستثناءات على قاعدة دفع الثمن بعد انتهاء خدمات المتعاقد ، وهى تتمثل فى استثناءين هما :

١ — نظام الدفعة المقدمة تحت الحساب ، فيجوز فى عقود الأشغال العامة والتوريد أن تقوم الإدارة بأداء دفعة مقدمة تحت الحساب للمتعاقد معها ، بشرط ألا تزيد عن ٢٠ ٪ من قيمة العقد ومقابل خطاب ضمان صادر من أحد البنوك المحلية المعتمدة وبنفس القيمة . فهذه الدفعة المقدمة من قبيل السلفة المؤقتة لتمكين المتعاقد من البدء فى التنفيذ وقابلة للخصم فيما بعد من كامل مستحقاته .

٢ — نظام الدفعة أو الدفعات الجزئية ، وهو مبلغ جزئى تقدمه الإدارة للمتعاقد مقابل جزء من الأعمال والخدمات سبق تنفيذه من مجموع أعمال وخدمات العقد . ونظام تعجيل الدفعة الجزئية ليس فيه خروج صارخ على قاعدة الدفع بعد نهاية الخدمات ، لأن المفروض أن المتعاقد أدى جزء من الأعمال يساوى الدفعة الجزئية . ولكن هناك استثناء مع ذلك لأن القاعدة العامة هى ألا دفع إلا بعد تمام كافة وجميع الأعمال والخدمات . ونظام الدفعة الجزئية قاصر على عقود الأشغال العامة (المادة ٩٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات) .

ثانياً : حق اقتضاء بعض التعويضات :

إلى جانب حقه الأساسى فى المقابل المالى أو ثمن العقد . قد يستحق المتعاقد مع الإدارة بعض التعويضات التى يجوز له أن يطالب بها جهة الإدارة. وفيما يلى الحالات الهامة لهذه التعويضات :

١ — للمتعاقد أولا أن يطالب الإدارة بتعويضه مالياً عن الضرر الذى لحقه بسبب أخطاء الإدارة وعدم تنفيذها لالتزاماتها المبينة فى العقد . ومن أمثلة ذلك ألا تقدم الإدارة بعض التسهيلات التى التزمت بتقديمها كشغل

عقارات مملوكة لغرض تشوين المواد والمعدات اللازمة لتنفيذ عقد الأشغال العامة . أو أن تتأخر الإدارة في استلام الرسائل الموزدة لها في عقد التوريد ويتعدى تأخيرها المدد المعقولة .(حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١١ / ٥ / ١٩٥٨) . ومسئولية الإدارة عن أخطائها هى مسئولية عقدية لأنها تتعلق بالتزاماتها الناشئة عن العقد .

٢ — ثانياً . قد يطالب المتعاقد الإدارة بالتعويض على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب . ويكون ذلك إذا قام المتعاقد من تلقاء نفسه بأداء أعمال وخدمات إضافية غير منصوص عليها فى العقد ودون طلب من الإدارة . وتكون هذه الأعمال والخدمات الإضافية ذات فائدة للإدارة ولازمة للمرفق العام .

٣ — وأخيراً . يقبل القضاء الإدارى (مجلس الدولة) مبدأ أحقية المتعاقد فى طلب تعويض من الإدارة عن « الصعوبات المادية غير المتوقعة » التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد ويترتب عليها زيادة أعباء المتعاقد وتكاليفه . وتظهر نظرية الصعوبات المادية بالذات بالنسبة للمقاول فى عقد الأشغال العامة : كأن يقابل المقاول أرضاً صخرية أو استثنائية يحتاج لنفقات غير متوقعة لتمهيدها والحفر فيها . فى مثل هذه الصعاب يقبل مجلس الدولة أحقية المقاول فى التعويض عن هذه التكاليف والنفقات غير العادية ، وخير تعويض فى هذه الظروف هو زيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد على اعتبار أن هذه الأسعار العقدية تم تحديدها بالنسبة للأعمال العادية لا الصعوبات الغير عادية والغير متوقعة . ويشترط القضاء الإدارى لاستحقاق المقاول التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية أن تظهر أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية وغير عادية ، وأن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة أو لم يكن بالوسع توقعها وقت إبرام العقد ، وأن ينتج عنها زيادة أعباء المقاول المتعاقد (انظر حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٧ / ١ / ١٩٥٧ وحكمها بتاريخ ٢١ / ٥ / ١٩٦١) .

ثالثاً : التوازن المـــالى :

من المبادىء المستقرة فى القضاء الإدارى أن المتعاقد مع الإدارة له حق ضمان التوازن المالى للعقد الإدارى ، أى حقه فى احترام حقوقه المالية بحيث تكون مستحقات المتعاقد متوازنة ومتعادلة مع أعبائه ونفقاته . ومن ثم إذا طرأت بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ظروف أو أحداث تؤدى إلى زيادة أعباء المتعاقد أو انقلاب فى اقتصاديات العقد ، فمن الواجب على الإدارة تعويضه والمساهمة فى خسائره حتى يعود التوازن المالى للعقد من جديد .

وفكرة حماية التوازن المالى للعقد لمصلحة المتعاقد لا ترتبط بخطأ الإدارة أو من باب أولى بخطأ المتعاقد . وإنما مبعثها ومنشؤها هى ضرورة حماية المصلحة المالية الخاصة للمتعاقد إذا ما طرأت أحداث تخرج عن إرادته وتزيد من أعبائه إلى حد بعيد . وحماية مصلحة المتعاقد الخاصة وحقه فى التوازن المالى للعقد يتضمن أيضاً حماية المصلحة العامة ومصلحة المرافق العامة ، لأن إهدار مصالح المتعاقد المشروعة تضر بالمصلحة العامة من حيث إنها لا تشجع الأفراد والشركات الكبيرة على الإقبال على التعاقد مع الإدارة . وأكثر من ذلك المرفق العام الذى انعقد العقد لتلبية احتياجاته ولتسييره ، هذا المرفق سيصاب بضرر بليغ إذا ما توقف المتعاقد عن التنفيذ بسبب ظروف طارئة تقلب اقتصاديات العقد وتجعل تنفيذ العقد مرهقاً للغاية للمتعاقد من الناحية المالية .

ومن أهم تطبيقات فكرة حماية التوازن المالى للعقد لمصلحة المتعاقد نظرية الظروف الطارئة ونظرية عمل الأمير . ونتناولها فيما يلى :

(أ) نظرية الظروف الطارئة :

الأصل فى الفكرة التقليدية للعقود المدنية أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأنه لا يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إلا فقط فى حالة القوة القاهرة بمعناها الاصطلاحى الدقيق . وهى الحادث الذى لا يمكن توقعه وقت التعاقد ، ولا يمكن دفعه أو تداركه . ولا يكون راجعاً لفعل أى من المتعاقدين ، وكذلك

يترتب عليه (الحادث) أن تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا استحالة مطلقة نتيجة الحادث المكون للقوة القاهرة .

وفى العقود الإدارية ، للقوة القاهرة بتحديدها السابق نفس الأثر ، فهى إذا تحققت بشروطها وبالذات إذا نتج عنها الاستحالة المطلقة بالنسبة للمتعاقد أن ينفذ التزاماته العقدية ، فهو — أى المتعاقد — يتحلل من تنفيذ التزاماته وينفسخ العقد نتيجة القوة القاهرة .

ولكن هناك حالة لا تصل فى مداها إلى حد القوة القاهرة بمعناها الدقيق ، وذلك إذا كان الحادث غير المتوقع والذى لا يمكن دفعه أو تداركه لا يترتب عليه استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته استحالة مطلقة ، وإنما يترتب عليه أن يصير هذا التنفيذ متعذراً ومرهقاً للمتعاقد بدرجة كبيرة . تلك هى فكرة الظروف الطارئة التى ابتدعها الفقه والقضاء الإدارى فى فرنسا ومصر . بهدف الإبقاء على العقد وتمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته برغم الظروف العصيبة ، وذلك بأن تقوم الإدارة بتعويضه بالقدر الذى يعينه على التنفيذ . ويحقق التوازن المالى للعقد . وكان الدافع الأساسى لابتداع هذه النظرية هو حماية مصلحة المرفق العام حيث إن توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد يهدد المرفق العام بالانقطاع وخطر التوقف ، وهكذا تلتقى مصلحة المتعاقد الخاصة مع المصلحة العامة لأن تحقيق توازن العقد وحماية المتعاقد يتضمن فى نفس الوقت بالدرجة الأولى حماية مصلحة المرفق العام الذى يخدمه العقد الإدارى ويحقق احتياجاته .

تلك هى الفكرة العامة لنظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية ولنتناول الآن شروط تطبيق النظرية على نحو محدد . وهذه الشروط هى :

١ — أن يطرأ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ظرف طارىء ، أى حادث غير متوقع ولم يكن من الممكن توقعه عند إبرام العقد . أما عن طبيعة هذا الظرف فهو قد يكون اقتصادياً كازمة اقتصادية أو ارتفاع مفاجىء وغير متوقع فى الأسعار ، وقد يكون الظرف سياسياً كإعلان الحرب أو غلق قناة

السويس ، كما قد يكون ظرفاً طبيعياً كحالة جفاف استثنائية أو سيول ، وأخيراً قد يكون الظرف إجراءاً تشريعياً أو إدارياً صادراً عن جهة أخرى غير الجهة المتعاقدة ، (لو كان الإجراء صادراً عن الجهة المتعاقدة نفسها خرجنا عن نطاق نظرية الظروف الطارئة ودخلنا فى نطاق نظرية عمل الأمير) .

٢ — أن يكون الظرف الطارىء لا يمكن دفعه أو تداركه بعد حدوثه .

٣ — ألا يكون هذا الظرف راجعاً لفعل أى من المتعاقدين . لأنه إذا كان الظرف الطارىء راجعاً لفعل المتعاقد مع الإدارة بأن تسبب فيه أو لم يعمل على تلافيه قبل وقوعه مع إمكانية ذلك ، فإن المتعاقد قد يكون مهملا أو مخطئاً ولا يستفيد بإهماله أى لا يستفيد بهذه النظرية . وإذا كان الظرف الطارىء راجعاً لفعل الإدارة المتعاقدة خرجنا عن نطاق نظرية الظروف الطارئة بمعناها الفنى ودخلنا فى نظرية أخرى هى نظرية عمل الأمير التى سيأتى الكلام عنها .

٤ — يجب ألا يكون أثر الظرف الطارىء هو استحالة تنفيذ العقد تماماً ، لأنه إذا استحال تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته فإن الأمر يتعدى الظروف الطارئة ويصل لحد القوة القاهرة التى يترتب عليها فسخ العقد وإعفاء كل طرف من التزاماته .

٥ — إذا كان تنفيذ العقد ليس مستحيلا . إلا أنه يجب مع ذلك أن يترتب على الظرف الطارىء اضطراب شديد فى اقتصاديات العقد إلى حد تهديد المتعاقد مع الإدارة بالإنهيار مالياً . فلا يكفى لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تحدث أعباء جديدة محتملة من جانب المتعاقد مع الإدارة ، أو مجرد نقص فى أرباحه أو خسارة عادية .

إذا تحققت هذه الشروط . تنطبق نظرية الظروف الطارئة . ويكون من أثر تطبيقها استمرار العقد واستمرار التزام المتعاقد فى تنفيذ التزاماته دون اعفائه منها ، ولكن مع ضرورة تعويضه بواسطة الإدارة حتى يتمكن

المتعاقد من الوقوف على قدميه وعدم التوقف عن التنفيذ ، حماية للمتعاقد وأيضاً وبالذات من أجل حماية المصلحة العامة .

إذن ينتج عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، استمرار التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد ، ولكن مع ضرورة تعويضه بواسطة الإدارة المتعاقدة . ويتميز هذا التعويض المدفوع من جانب الإدارة بالخصائص التالية :

١ — التعويض المدفوع من الإدارة ليس كاملا وإنما هو تعويض جزئى ، بمعنى أن الإدارة لا تتحمل وحدها وكلية بكافة الأعباء المالية المترتبة على الظروف الطارئة ، ولكنها تشارك فقط المتعاقد معها فى تحملها . فأثر الظروف الطارئة هو إذن توزيع الخسائر مشاركة بين الإدارة والمتعاقد حتى يستطيع هذا الأخير الاستمرار فى تنفيذ العقد .

٢ — إن هذا التعويض مؤقت ولا يمكن أن يستمر بصفة دائمة . وتأقيت التعويض يأتى من طبيعة الظرف الطارىء نفسه ، فهذا الظرف باعتباره « طارئاً » يجب أن يكون مؤقتاً وعارضاً وليس دائماً . لأنه إذا كان الظرف الطارىء يبدو قابلا للاستمرار والدوام وأنه لا ينتظر أن تزول الشدة القائمة التى لا يمكن تداركها ، فإن الظرف الطارىء يصبح قوة قاهرة تؤدى إلى إستحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مما يستتبع وجوب فسخ العقد وإنهائه .

ويلاحظ أن نظرية الظروف الطارئة قد اقتبسها المشرع فى القانون المدنى الحالى فى المادة ١٤٧ . ولكن يبقى الاختلاف قائماً مع فكرة النظرية فى القانون الإدارى بالنسبة للعقود الإدارية . فى القانون الإدارى حكمة النظرية هى ليس فقط حماية المتعاقد مع الإدارة بل أكثر من ذلك ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، لأن الإدارة تساعد المتعاقد بتعويض جزئى بهدف ضمان استمراره فى تنفيذ العقد بتمامه طبقاً لشروطه لمصلحة المرفق العام . أما فى العقود المدنية فحكمة النظرية هى فقط حماية المتعاقد المدنى وتحقيق المساواة بين طرفى العقد . وينتج عن إختلاف فكرة أو حكمة النظرية فى

العقود الإدارية عنه فى العقود المدنية ، أن أثر النظرية فى العقود المدنية هو أنه يجوز للقاضى العادى تعديل العقد بانقاص التزامات المدين الذى ترهقه الظروف الطارئة . أما فى العقود الإدارية ، فأثر النظرية هو فقط أن القضاء الإدارى يحكم بالتعويض المناسب على الإدارة لمصلحة المتعاقد ولكن لا يجوز للقاضى تعديل شروط العقد بانقاص التزامات المتعاقد ، فتبقى هذه الالتزامات كما هى لأن الهدف هو استمرار المتعاقد فى تنفيذ العقد بالكامل وبكل شروطه تحقيقاً لمصلحة المرفق العام التى تقتضى التنفيذ الكامل للعقد .

(ب) نظرية عمـــل الأمير :

يقصد بعمل الأمير بصفة عامة هو أعمال وإجراءات السلطات العامة فى الدولة التى يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد فى تنفيذه لالتزاماته العقدية. ولكن الإتجاه الحالى لمجلس الدولة الفرنسى والمصرى هو قصر نظرية عمل الأمير على إجراءات وأعمال الجهة الإدارية المتعاقدة فقط وليس الإجراءات والأعمال الصادرة عن جهة أو سلطة أخرى غير الجهة المتعاقدة . ومن ثم إذا صدرت عن الجهة الإدارية المتعاقدة أية إجراءات من شأنها زيادة أعباء المتعاقد بأى قدر عن الموجود فى العقد ، التزمت هذه الجهة المتعاقدة بتعويض جميع الأضرار الناتجة عن هذه الإجراءات .

وقد لخصت محكمة القضاء الإدارى فى مصر نظرية عمل الأمير فى أحكامها ، فقالت :

« يتعين لإنطباق نظرية عمل الأمير أن يصدر من جهة الإدارة المتعاقدة إجراء غير متوقع من شأنه الإضرار بالمتعاقد معها ، ويسوىء مركزه . وقد يصدر عمل الأمير فى صورة إجراء خاص كقرار فردى أو عمل مادى أو صورة إجراء عام كقانون أو لائحة ، وقد يؤدى إلى المساس بشروط العقد أو إلى التأثير فى ظروف تنفيذه — وطبقاً لنظرية عمل الأمير تلتزم جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التى تلحقه من جرائه بما يعيد التوازن المالى للعقد » . (حكم بتاريخ ٢٥ / ١٢ / ١٩٦٠) .

ويمكننا عرض خصائص نظرية عمل الأمير - من خلال ما سبق - فيما يلى :

١ - يتمثل عمل الأمير دائماً فى إجراءات صادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة من شأنها أن تمس مركز المتعاقد معها . وهذه الإجراءات لها صور مختلفة :

- من أول وأهم هذه الصور الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتى تعدل شروط العقد . وهذا هو أهم مجال لنظرية عمل الأمير . ويستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً يعيد التوازن المالى للعقد فى مقابل التعديل الذى زاد من أعبائه بأى قدر .
- كل إجراء فردى تتخذه الإدارة المتعاقدة ويؤثر مباشرة فى العقد ، كأن تقوم الإدارة بفرض قيود خاصة فردية على المتعاقد فى عقد أشغال عامة بغرض حماية المواطنين .
- كل إجراء عام يطبق على المتعاقد وغيره ولكن يصيب المتعاقد بالذات بضرر خاص متميز عن غيره من عموم الأفراد ، كأن ترفع الإدارة الرسم المقرر على المادة الأولية موضوع عقد التوريد فور إبرام العقد .
- الأعمال المادية التى تقوم بها الإدارة المتعاقدة ويكون من شأنها جعل تنفيذ العقد مرهقاً أو أكثر تكلفة .

٢ - يجب أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة غير متوقعة وقت التعاقد . فلا يستفيد المتعاقد مع الإدارة من نظرية عمل الأمير إذا كان يتوقع أو كان من المفروض منطقياً أن يتوقع تلك الإجراءات الضارة به .

٣ - يجب أن تكون إجراءات السلطة العامة المتعاقدة ضارة بالمتعاقد أى تزيد من أعبائه أو تكاليفه العادية طبقاً لشروط العقد . ولكن يكفى

أن يتحقق عن الإجراء أى أضرار بالمتعاقد يخل بتوازن العقد ، فلا يشترط أن يصل الضرر بالمتعاقد إلى حد انقطاع خطير فى توازن العقد يهدده بالانهيار المالى أو بالتوقف عن التنفيذ كما هو الحال فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

٤ — متى تحقق الأضرار بالمتعاقد أو أية زيادة فى تكاليفه ، فمن حقه أن يحصل على تعويض كامل يغطى كل ما لحقه من خسارة وفاته من كسب ، أى حقه فى تعويض يغطى كامل الضرر الذى لحقه . وواضح أن التعويض هنا أشمل وأكبر من التعويض الذى يستحقه المتعاقد طبقاً لنظرية الظروف الطارئة . حيث إنه فى ظل هذه النظرية لا يستحق إلا تعويضاً جزئياً يغطى جانباً فقط من خسائره ، فى حين أن التعويض فى نظرية عمل الأمير كل يغطى جميع خسائره أى كل ما لحقه من ضرر وفاته من ربح .

المبحث الرابع

اختصاص مجلس الدولة فى مصر بمنازعات العقود الإدارية

تطور اختصاص مجلس الدولة :

١ — أنشىء مجلس الدولة المصرى عام ١٩٤٦ ليكون بمثابة قضاء إدارى يختص بالمنازعات التى تثور بين الإدارة والأفراد نتيجة أعمال وقرارات الإدارة . ولكن لم يكن لمجلس الدولة إختصاصاً عاماً فى كافة المنازعات الإدارية ، بل فى منازعات إدارية محددة على سبيل الحصر فى قانون مجلس الدولة . وظل الأمر على هذا النحو وإن كانت الإختصاصات إزدادت مع التعديلات التشريعية حتى صدور القانون الحالى لمجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث قرر القانون فى المادة العاشرة على إختصاص المجلس دون غيره بسائر المنازعات الإدارية . وقد جاءت هذه العبارة العامة فى آخر فقرات المادة العاشرة (الفقرة الرابعة عشرة) بعد أن وضع المشرع تعداداً طويلا لأهم المنازعات الإدارية .

٢ — بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية هى بالتأكيد نوع من المنازعات الإدارية . ولكن إختصاص مجلس الدولة كقضاء إدارى بها قد لحقه تطور

خاص . فى قانون ١٩٤٦ الذى أنشأ مجلس الدولة لأول مرة ، لم يذكر المشرع إختصاص مجلس الدولة بمنازعات العقود الإدارية من بين الإختصاصات القضائية التى حددها القانون على سبيل الحصر . وكان ذلك نقص فى التشريع . ونتج عن ذلك أيلولة الاختصاص بكافة عقود الإدارة المدنية والإدارية إلى محاكم القضاء العادى تحت رقابة محكمة النقض . ثم جاء القانون الثانى لمجلس الدولة فى عام ١٩٤٩ ليحل محل قانون ١٩٤٦ ، ونص قانون ١٩٤٩ لأول مرة فى المادة الخامسة منه على إختصاص مجلس الدولة ببعض العقود الإدارية الهامة ولكن ليس كل العقود الإدارية ، كما كان إختصاص مجلس الدولة ليس مانعاً من إختصاص القضاء العادى بنفس هذه العقود المنصوص عليها . فقد نصت هذه المادة الخامسة على أن « تفصل محكمة القضاء الإدارى (المحكمة الوحيدة وقتها فى مجلس الدولة) فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد . ويترتب على رفعها إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإدارى .

فالملاحظ إذن أن قانون ١٩٤٩ حصر إختصاص محكمة القضاء الإدارى . العضو القضائى الوحيد وقتها فى مجلس الدولة ، فقط بالنسبة لعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد . ويلاحظ كذلك أن إختصاص مجلس الدولة القضائى بها لم يكن مانعاً من إختصاص محاكم القضاء العادى بهذه العقود الإدارية ولمنع التضارب والتعارض نص القانون على أن رفع النزاع إلى المحاكم العادية يؤدى إلى عدم جواز رفع ذات النزاع لمحكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة .

٣ — وفى قانون مجلس الدولة الثالث رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ اكتمل تطور إختصاص مجلس الدولة بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية ، فنصت المادة العاشرة من هذا القانون على أن « يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أى عقد إدارى آخر » . فيلاحظ أن مجلس الدولة أصبح مختصاً لأول

مرة بمنازعات كافة العقود الإدارية ، كما أنه أصبح مختصاً بها دون غيره ، أى دون محاكم القضاء العادى . ومن ثم لم يعد لتلك المحاكم العادية أى إختصاص فى العقود الإدارية ، وأصبح إختصاصها قاصراً فقط على العقود التى تخضع للقانون الخاص (سواء أبرمت بين الأفراد أو بين فرد وجهة إدارية) .

ومن ثم أصبح الأمر يتوقف على تكييف عقود الإدارة ، فإذا توافر فى العقد معيار العقد الإدارى إختص بمنازعاته مجلس الدولة وحده . وإذا لم تتوافر شروط معيار العقد الإدارى كان العقد مدنياً خاضعاً للمحاكم العادية .

وقد احتفظ المشرع بهذا التطور الأخير فى قانون مجلس الدولة التالى على قانون ١٩٥٥ . أى قانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ثم فى القانون الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث قررت الفقرة ١١ من المادة العاشرة إختصاص مجلس الدولة دون غيره بمنازعات كافة العقود الإدارية .

٤ — يقصد بمنازعات العقود الإدارية بالمعنى الدقيق لهذا التعبير كافة المنازعات المتعلقة بالعقد الإدارى فى ذاته . سواء تعلقت المنازعات بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو إلغائه أو فسخه — ويدخل فى ذلك حقوق المتعاقد إزاء الإدارة فى التعويض تطبيقاً لنظرية الصعوبات المادية أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية عمل الأمير . ويلاحظ أن هذه المنازعات المتعلقة بالعقد الإدارى فى ذاته بصورها السابقة تدخل فى نطاق ما يسمى « بالقضاء الكامل » ، لأن المتعاقد مع الإدارة عند تقديمه لهذه المنازعات يقصد تحديد مركزه الذاتى أو الشخصى وتحديد حقوقه بطريقة كاملة كما فى حالة طلبه للتعويضات المختلفة الناشئة عن العقد . وتعبير القضاء الكامل يقابل تعبير « قضاء الإلغاء » الذى يتعلق بطعون الأفراد والموظفين والهيئات ضد القرارات الإدارية بقصد إلغائها بسبب عدم مشروعيتها .

٥ — منازعات العقود الإدارية تختص بها داخل مجلس الدولة نوعين من المحاكم : المحاكم الإدارية أو محكمة القضاء الإدارى حسب قيمة العقد .

فالمحكمة الإدارية المختصة مكانياً تختص نوعياً بمنازعات كل عقد إدارى لا تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه . ومحكمة القضاء الإدارى (وهى محكمة وحيدة من عدة دوائر (تختص بمنازعات كل عقد إدارى تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه) .

والحكم الصادر من المحكمة الإدارية يقبل الطعن بالاستئناف أمام محكمة القضاء الإدارى بصفتها هيئة استئنافية . والحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى يقبل الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا (التى تماثل محكمة النقض فى القضاء العادى) .

القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد :

استقر قضاء مجلس الدولة منذ إنشائه حتى الآن على أن هناك قرارات إدارية منفصلة أو قابلة للانفصال عن العقد الإدارى عن العملية العقدية ، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بوصفها قرارات إدارية مستقلة عن العقد وينطبق عليها تعريف القرار الإدارى كعمل قانونى يؤثر فى مراكز الأفراد وتصدره الإدارة بإرادتها المنفردة ،وهذا القضاء يعتمد على تحليل العملية العقدية على النحو التالى : القرارات الصادرة من الإدارة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد والتى تسبق إبرام العقد ، هى قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء استقلالا عن العقد ذاته ، طالما أن هذه القرارات نهائية وتغير أو تؤثر فى المراكز القانونية للأفراد . أما الإجراءات والقرارات الصادرة من الجهة الإدارية بعد إبرام العقد وتنفيذاً للعقد لا تعتبر قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء ، وإنما هى تعتبر إجراءات عقدية متصلة بجوهر العقد وتدخل بالتالى فى نطاق منازعات العقد باعتبارها تنتمى للقضاء الكامل وليس لقضاء الإلغاء (انظر على سبيل المثال أحكام محكمة الفضاء الإدارى بتاريخ ٢٥ / ٥ / ١٩٥٣ ، ١٨ / ١١ / ١٩٥٦ ، ١٤ / ٢ / ١٩٧١ وحكم المحكمة الإدارية بتاريخ ١٤ / ٤ / ١٩٧٩) .

ومن أمثلة القرارات الإدارية السابقة على إبرام العقد والمنفصلة عن العملية العقدية : قرارات الإدارة بشطب اسم بعض الأشخاص من عداد المتعاقدين مع جهة الإدارة ، أو القرارات الصادرة بحرمان بعض الأشخاص من دخول المناقصات العامة لفترة من الزمن ، وكذلك وضع شروط المناقصة فهي تتمثل في قرار لائحي لتعلق الأمر بشروط عامة . أيضاً استبعاد أحد المتناقصين . إلغاء المناقصة ، إرساء المناقصة فكل هذه الإجراءات قررات إدارية منفصلة عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء إذا كانت غير مشروعة .

وهذه القرارات الإدارية المنفصلة يطعن فيها بالإلغاء الفرد صاحب المصلحة أى الذى مسه القرار الإدارى ، أمام محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة . والحكم الصادر يجوز الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا فى أحوال معينة .

الباب الثانى
امتيازات الإدارة العامة

يعترف القانون الإدارى للادارة أو السلطات الإدارية بامتيازات استثنائية إزاء الأفراد ومجموعاتهم الخاصة ، امتيازات لا يتمتع بها الأفراد فيما بينهم فى نطاق القانون الخاص . لأن الفكرة الأساسية التى يقوم عليها القانون الخاص هى فكرة المساواة بين الأفراد الخاضعين لأحكامه وبالتالى عدم تميز فرد أو هيئة خاصة بحقوق استثنائية إزاء فرد آخر أو هيئة خاصة أخرى .

وحكمة منح الإدارة امتيازات استثنائية تجعلها فى مركز أقوى من الأفراد . تتمثل فى أن الإدارة عليها واجب تحقيق المصالح العامة للمجتمع وبالذات واجب حفظ النظام العام والأمن العام وأيضاً واجب إدارة المرافق العامة الأساسية بانتظام واضطراد .

ومن بين امتيازات الإدارة الاستثنائية امتيازات وردت فى عروضنا السابقة وبالتالى لن نعود إليها . مكتفين بالإشارة إلى تلك الامتيازات : ونعنى بذلك أولا امتياز إتخاذ قرارات إدارية ملزمة للأفراد ومؤثرة فى مركزهم القانونى بالإرادة المنفردة للإدارة . وثانياً امتيازات الإدارة فى إطار العقود الإدارية . وتلك الامتيازات فى نطاق العقود الإدارية تتمثل فى سلطة الإداره المتعاقدة فى الإشراف والتوجيه على المتعاقد معها وإصدار أوامر ملزمة له . وسلطة توقيع جزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد فى حالة حدوث تقصير منه فى تنفيذ التزاماته ، وكذلك سلطة الإدارة فى تعديل شروط العقد بل وأيضاً سلطتها فى إلغاء العقد لإعتبارات المصلحة العامة وبدون أى خطأ أو تقصير من جانب المتعاقد معها .

إلى جانب هذه الامتيازات المتصلة بحق إصدار القرارات الإدارية والمتصلة بحقوق الإدارة فى نطاق العقود الإدارية سوف نعالج هنا فى هذا الباب امتيازات أخرى هامة هى : من ناحية أولى السلطة التقديرية التى تتمتع بها الإدارة أحياناً فى مباشرتها لإختصاصاتها . ومن ناحية ثانية حق التنفيذ المباشر لقراراتها الإدارية ولنصوص القوانين ولو باستعمال القوة الجبرية عند اللزوم . ومن ناحية ثالثة للإدارة حق نزع ملكية العقارات المملوكة للافراد أو الإستيلاء عليها مؤقتاً بهدف المنفعة العامة .

ومن ثم ينقسم هذا الباب إلى الفصول الثلاثة التالية :

الفصل الأول : السلطة التقديريـــة

الفصل الثانى : حق التنفيذ المباشر

الفصل الثالث : حق نزع ملكية العقارات المملوكة للأفراد أو الاستيلاء عليها مؤقتاً .

الفصل الأول

السلطة التقديرية

معنى السلطة التقديرية والاختصاص المقيد :

من بين امتيازات الإدارة أن القانون يمنحها أحياناً سلطة تقديريه فى مباشرة بعض إختصاصاتها ، فيكون لها حرية الاختيار والتقدير عند إصدارها للقرارات الإدارية . وفى أحيان أخرى على العكس نزع القانون عن الإدارة سلطة التقدير فى مباشرة بعض الإختصاصات الأخرى ، بحيث يكون إختصاص الإدارة مقيداً أو تكون سلطتها فى إصدار القرارات الإدارية مقيدة .

ولنشرح ذلك بقدر من التفصيل والتحديد :

الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فى الحالات التى يترك فيها القانون للإدارة حرية تقدير الظروف الواقعية التى تواجهها ، فيكون لها الحق فى أن تتدخل بإصدار القرار أو لا تتدخل ولا تصدر أى قرار ، كما يكون لها إذا رأت أن تتدخل أن تختار بحرية نوعية القرار الذى تراه ملائماً لهذه الظروف الواقعية .

وهكذا فإن المرجع فى وجود الإدارة فى حالة سلطة تقديرية هو نص القانون ، فإذا كان المشرع لا يلزمها بالتدخل فى ظروف معينة ولا يلزمها حينما تتدخل أن يكون قرارها على نحو معين فإن الإدارة توجد فى مثل هذه الحالة فى نطاق سلطة تقديرية .

ولنعطى أمثلة : إذا ارتكب موظف مخالفة لواجبات وظيفته ، أيا ما كانت هذه المخالفة ، فالإدارة تكون أمام ظروف واقعية تمثل سبباً معقولا لأن تتدخل لتوقع جزاء تأديبياً على هذا الموظف . ولكن القانون لم يفرض عليها مقدماً أن تتدخل حتما ، فلها برغم وقوع المخالفة أن تتغاضى عن استعمال

سلطة الجزاء ولا تتدخل بقرار تأديبى ، فهى قد ترى أنه من الملائم عدم التدخل لحداثة الموظف مثلا بالإضافة لحسن نيته . وإذا رأت الإدارة أن تتدخل وتصدر قرارها الجزائى ، فإن قانون الخدمة المدنية (قانون العاملين) لم يجبرها على جزاء معين بذاته أى على قرار بمضمون محدد بالذات ، بل وضع القانون عدة جزاءات متتالية فى شدتها ، وترك الإدارة حرة فى الذى يتناسب مع المخالفة أى مع الظروف الواقعية . هنا الإدارة توجد فى حالة سلطة تقديرية واضحة .

مثال آخر : الإدارة فى استعمالها لسلطات الضبط الإدارى ، منحها القانون سلطة تقديرية . بمعنى أنه لم يفرض عليها مقدماً اتخاذ مسلك معين بالذات بطريقة مسبقة إذا ما حدثت اضطرابات تمثل إخلالا بالأمن العام . فإذا تصورنا أن هناك مظاهرة ما تجمعت فى الطريق العام ، فإن الإدارة من حقها بالطبع أن تتدخل وفقاً للقانون لحماية الأمن العام . ولكن القانون لم يفرض عليها أن تتدخل حتما ، فقد ترى سلطات الأمن الاكتفاء بإحاطة المتظاهرين دون تفريقهم بالعنف أو القبض عليهم . فهى قد ترى عدم التدخل مثلا لأن المظاهرة لا تمثل خطورة على الأمن العام وأنها فى سبيلها للانقضاض تلقائياً . ولكن قد ترى سلطات الأمن أن الظروف تستدعى تدخلها ، وهنا أيضاً هى تملك التقدير والملاءمة فى اختيار نوع القرار الذى يتناسب مع شدة الظروف ولكن تحت رقابة القضاء الإدارى كما سنرى .

وكمثال ثالث : نأخذ حالة الترقية بالاختيار إلى الوظائف العليا التى تشمل وظائف وكيل وزارة ووكيل وزارة أول . فهنا تتسع سلطة الإدارة التقديرية إلى حد كبير ، أى بالنسبة للترقية إلى درجة مدير عام وما فوقها ، لأن هذه الوظائف العليا تعتمد على قدرات خاصة لشاغلها ولهذا فهى لا تخضع للقياس عن طريق تقارير كفاية الأداء الموجودة فى الوظائف والدرجات الأدنى . فالإدارة هنا لها أن تتدخل وترقى أو لا تتدخل ولا ترقى ، كما أنها إذا قررت التدخل وإجراء الترقية فلها أن تختار بحرية من تراه ملائماً وقادراً لشغل الوظيفة العليا .

كان ما سبق هو معنى السلطة التقديرية وأعطينا أمثلة كافية لإيضاحها .

هذا ، وعلى عكس السلطة التقديرية التى تتمتع بها الإدارة فى بعض الأحيان كامتياز من الامتيازات الهامة ، قد توجد الإدارة فى أحيان أخرى فى حالة **سلطة مقيدة أو اختصاص مقيد** . وتتحقق حالة الاختصاص المقيد فى تلك الفروض التى تكون فيها القواعد القانونية قد حددت بطريقة مسبقة وآمرة تصرف ومسلك معين يجب على الإدارة سلوكه إذا ما تحققت شروط أو ظروف معينة . فى هذه الفروض أو هذه الحالات تكاد تنعدم حرية الاختيار لدى الإدارة ، فهى على عكس حالة السلطة التقديرية تجد سلطتها مقيدة لأنها ملتزمة بالتدخل فى هذه الحالات وملتزمة بإصدار القرار على النحو الذى حدده القانون طالما تحققت الشروط والظروف التى نص عليها القانون .

ومن أمثلة ذلك القرارات الصادرة بمنح رخصة من الرخص كرخصة قيادة أو رخصة بناء ، أو القرارات الصادرة بالترقية بالأقدمية المطلقة . فى مثل هذه الحالات ليس للإدارة سلطة تقديرية فى إصدار القرار أو عدم إصداره ، أو فى القبول أو الرفض . فمتى توافرت فى طالب الرخصة أو فى موظف كافة الشروط التى تطلبها القانون ، فالإدارة ملتزمة بمنح الرخصة كما أنها ملتزمة بترقية الموظف . وموقفها السلبى بالامتناع عن إصدار القرار يمثل فى ذاته قراراً إدارياً سلبياً غير مشروع يقبل الإلغاء أمام مجلس الدولة . كذلك يكون غير مشروع القرار الصادر بالرفض الصريح طالما توافرت فى صاحب المصلحة جميع شروط القانون .

بقى أن نقول إن التعارض والاختلاف بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد هو اختلاف فى الدرجة وليس اختلافاً فى الجوهر أو الطبيعة ، أى أن الاختلاف والتعارض بينهما نسبى . فليس هناك فى الواقع سلطة تقديرية مطلقة فى أى مجال أو اختصاص كما لا يوجد اختصاص مقيد بصفة مطلقة . فمن ناحية أولى وجود الإدارة فى مجال سلطة تقديرية كما أوضحنا فى الأمثلة السابقة لا يعنى تحررها تماماً من الخضوع للقانون والمشروعية ، أو تحررها

الكامل من رقابة مجلس الدولة . وسوف نرى مظاهر هذا الخضوع للقانون ورقابة القضاء الإدارى . كل ما هنالك أن درجة الخضوع تقل عن حالة الاختصاص المقيد .

ومن ناحية أخرى . وجود الإدارة فى مجال اختصاص مقيد لا يعنى اختفاء أي قدر من التقدير على وجه الإطلاق . فمن المستقر فقهاً وقضاء أنه فى هذا المجال وإن كانت حرية الإدارة تنحسر وتضعف إلى حد بعيد ، إلا أنه يبقى للإدارة كقاعدة عامة حرية اختيار وقت تدخلها أى تقدير الوقت الملائم لإصدار قرارها الذى تلتزم بإصداره .

مبررات السلطة التقديرية :

لأول وهلة تبدو السلطة المقيدة أو الاختصاص المقيد هو الوضع الأفضل من وجهة نظر سيادة القانون والمشروعية . ومن ناحية ضمان حقوق وحريات الأفراد ضد انحراف الإدارة بالسلطة . فهنا يبدو الاختصاص المقيد أفضل من السلطة التقديرية . لأنه طالما أن القانون قد حدد مقدماً المسلك الواجب الاتباع من الإدارة والزامها باتخاذ قرار معين إذا ما توافرت فى جانب الأفراد شروط معينة ، فإنه من السهل على الفرد طالب الخدمة أن يضمن صدور القرار الذى يريده من الإدارة وهو مطمئن آمن لأنه قد استوفى طلبه واستكمل شرائط القانون .

ولكن مع ذلك ، ليس من الممكن كما أنه ليس من المصلحة العامة فى شيء أن تبقى الإدارة دائماً حبيسة فى إطار تلك السلطة المقيدة التى تنزع عنها كل قدر من التقدير أو من حرية الاختيار . ومن ثم يبدو من الضرورى أن يجمع التنظيم القانونى العام لاختصاصات الإدارة قدراً من السلطة التقديرية فى بعض المجالات وقدراً من السلطة المقيدة فى مجالات أخرى .

ويمكن أن نذكر بقدر من التفصيل اعتبارين أساسين لتبرير ضرورة تمتع الإدارة بقدر من السلطة التقديرية يتسع أو يضيق بحسب الأحوال :

الاعتبار الأول : هو أنه ليس من الممكن على المشرع وهو يضع القواعد العامة المنظمة للمجتمع أن يحيط مقدماً وبطريقة مسبقة بكافة الحالات التطبيقية المحتملة . وقد يكون ذلك ممكناً نظرياً فى بعض الحالات ولكنه يصبح مستحيلا فى مجالات أخرى . ولا مناص أو لا مفر فى مثل تلك الحالات من أن يكتفى المشرع بوضع الضوابط العامة أو القيود العامة ، ويترك الإدارة فى نطاقها تتصرف بقدر من الحرية والتقدير ، لأنها أقدر بحكم اتصالها بالواقع اليومى وبالمشكلات أن تواجه الأمور بالوسائل المناسبة والملائمة . فمثلا فى مجال الضبط الإدارى من الممكن أن يحدد المشرع سلطات الإدارة والقيود العامة ، ولكنه لا يستطيع مقدماً وبطريقة مسبقة أن يبين فى أى حالة واقعية بذاتها يمكن استعمال هذه السلطة أو تلك . كذلك فى شأن الترقيات إلى الوظائف العليا : لا يستطيع المشرع مقدماً أن يحدد معايير دقيقة للكفاءة والجدارة فى كل الحالات . إذن هناك ضرورة عملية أولا تدعو لإعطاء السلطة الإدارية قدر لا بأس به من التقدير وحرية الاختيار .

الاعتبار الثانى : هو أنه ليس من المصلحة العامة فى شىء أن تصبح السلطة الإدارية آلة صماء تقوم بالتنفيذ الحرفى والتلقائى لأوامر المشرع . فالإدارة بحكم تنظيماتها الضخمة هى أصلا مآلها فى كل الدول إلى الحركة البطيئة والثقيلة ، وإذا جاء المشرع — أو القاضى — ليحدد لها بدقة كل ما يمكن عمله بنصوص مقيدة دائماً فإن النتيجة لذلك هى قتل روح الخلق والابتكار والمبادأة لدى الجهاز الإدارى . وهذا بلاشك ضار بالمصلحة العامة للمواطنين لأن الإدارة هى ذراع الدولة فى البناء والتعمير وإنشاء المرافق العامة وحماية الأمن الداخلى والخارجى ، وهى لا تستطيع القيام بتلك المسئوليات بدون قدر هام من حرية التقدير . وبالذات بدون أن يترك لها حق اختيار الوسائل التى تراها ملائمة لتحقيق المصالح والأهداف العامة .

وفى النهاية ، أن وجود السلطة التقديرية إذا كان مفيداً للمصلحة العامة كما نرى ، فهو أيضاً لا يمثل أضراراً بحقوق الأفراد لأن القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر قد استقر على أن السلطة التقديرية لا تعنى مجال السلطة

المطلقة ، وإنما هي تخضع أيضاً للمشروعية وللرقابة القضائية في نواحي هامة ومتعددة . كل ما هنالك أن « درجة خضوعها » لرقابة المشروعية أقل من خضوع السلطة المقيدة (أو الاختصاص المقيد) .

حدود السلطة التقديرية :

قلنا إن السلطة التقديرية لا تعني مجال السلطة المطلقة . ومن ثم فحتى في الحالات التي توجد فيها الإدارة في نطاق سلطة تقديرية ولو في أوسع صورها ، هناك عدد من القيود التي اجتهد القضاء الإداري في تحديدها ، أحياناً استناداً على تفسير التشريع ، وغالباً من تلقاء نفسه استناداً إلى دوره الرقابي والإنشائي . وكانت غاية القضاء الإداري دائماً في بيان تلك القيود أو الحدود هي ضمان الحماية الضرورية لحقوق وحريات الأفراد . وفيما يلي تلك القيود التي تضع حدود السلطة التقديرية للإدارة :

١ — أولا وبادئ ذي بدء قواعد اختصاص السلطات الإدارية هي دائماً قواعد آمرة لا تملك الإدارة ازاءها أي قدر من التقدير . ومن ثم مهما كان مدى السلطة التقديرية لجهة الإدارة ، فهي لا تستطيع الاعتداء على حدود الاختصاص الذي حدده لها المشرع . ومعلوم أن عيب عدم الاختصاص متعلق بالنظام العام أي أن القضاء الإداري يبحثه من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك به الفرد الطاعن بالإلغاء ضد القرار الإداري .

ويلحق بعنصر الاختصاص في القرار الإداري عنصر الشكل والإجراءات فوجود الإدارة في مجال سلطة تقديرية لا يعفيها بحال من ضرورة التزامها بقواعد الشكل الجوهرية التي يتطلبها المشرع . وعلى سبيل المثال ، تعيين أعضاء هيئة التدريس بالجامعات هو مجال تقديري في جانب هام منه وهو تقدير الكفاءة أو الصلاحية العلمية للمرشحين . ومع ذلك يجب احترام الإجراءات التي حددها قانون تنظيم الجامعات لصحة قرار التعيين ، فهذا القرار يصدر من وزير التعليم ولكن بناء على طلب مجلس الجامعة بعد أن أخذ رأي مجلس الكلية أو المعهد ومجلس القسم المختص . فإذا لم تتوافر تلك الشكليات الجوهرية يبطل قرار التعيين .

٢ — هناك قيد ثان يأتى من عنصر السبب فى القرار . والسبب هو الحالة الواقعية وأحياناً القانونية التى تدفع الإدارة لإصدار قرارها . والإدارة قد تكون ملتزمة بأن تستند فى قرارها على أسباب محددة من جانب المشرع ، ولكنها حسب الأصل لها حرية تقدير أسباب تدخلها دون أن تلتزم بسبب أو أسباب محددة .

غير أنه فى جميع الحالات مهما كانت سلطة الإدارة تقديرية كل قرار يجب أن يكون له سبب خارجى يمثل مبرر وعلة إصداره . ومن ثم يجب أن يكون هذا السبب قد تحقق وحدث فعلا من الناحية المادية أو الواقعية ، وإلا بطل القرار برغم صدوره فى مجال تقديرى .

أيضاً . الأصل أن تلتزم الإدارة حتى فى مجال سلطتها التقديرية بأن يكون لسبب القرار الوصف القانونى الصحيح ، إذ لا يكفى تحقق السبب مادياً وواقعياً بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً من ناحية الوصف القانونى ، أى من شأنه أن يبرر قانوناً النتيجة التى انتهت إليها الإدارة فى قرارها .

٣ — والقيد الثالث الذى يحدد كل سلطة تقديرية مهما اتسع مداها هو القيد المتعلق بعنصر غاية تحقيق المصلحة العامة فى كل قرار إدارى . فالإدارة فى أى مجال تقديرى يجب أن تستهدف المصلحة العامة ، وإلا أصبح قرارها معيباً بإساءة استعمال السلطة أو الإنحراف بالسلطة . وأحكام القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر تردد هذا القيد باستمرار كقاعدة لا تقبل أى استثناء .

٤ — فيما سبق تعرضنا لما يمكن أن نسميه بالقيود المألوفة أو الحدود الطبيعية للسلطة التقديرية . ولكن فى بعض الحالات الاستثنائية وبالذات فى ميدان ممارسة الإدارة لسلطات الضبط الإدارى وبالنسبة لقرارات الضبط الماسة بالحريات العامة ، كقرارات القبض والاعتقال ، عمل القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر على توسيع نطاق رقابته القضائية إلى حد التدخل فى بحث ملاءمة إصدار القرار الإدارى . بحيث إذا اتضح للقاضى الإدارى أن القرار فى مضمونه لا يتناسب مع الظروف الداعية لإصداره ، فإنه يلغى القرار .

فمثلا إذا حدثت اضطرابات تهدد الأمن العام وتدخلت سلطات الضبط ماسة بحريات الأفراد ، فإن مجلس الدولة لا يكتفى بالتحقق من وقوع هذه الاضطرابات فعلا ، بل يراقب أيضاً مدى مناسبة الإجراء أو القرار الصادر من الإدارة بحيث إذا كان أكثر شدة وخطورة من الأحداث التى وقعت فإنه يقوم بإلغاء القرار .

ويطبق مجلس الدولة ذات المبادئ بالنسبة للقرارات التأديبية الخاصة بالموظفين العموميين . فإذا كان الجزاء الذى وقعته الإدارة يتسم بالغلو والشدة التى لا تتناسب مطلقاً مع المخالفة التى حدثت من الموظف . فهو يلغى القرار الجزائى .

والواقع أن القضاء الإدارى حينما يراقب ملاءمة القرار فى هذين الفرضين فهو يصل فى رقابته إلى حد بعيد ، إلى حد إلغاء السلطة التقديرية للإدارة وتحويلها إلى سلطة مقيدة .

* * *

الفصل الثانى

حق التنفيذ المباشر

حق التنفيذ المباشر هو امتياز مقرر للسلطات الإدارية معناه أن الإدارة لها فى بعض الحالات الحق فى القيام بتنفيذ القرارات الإدارية التى تصدرها مباشرة وبالقوة الجبرية ، دون حاجة للالتجاء مسبقاً للقضاء للحصول على حكم يسمح لها بهذا التنفيذ .

وحق الإدارة فى تنفيذ قراراتها جبراً ومباشرة دون إذن من القضاء يمثل إمتيازاً واضحاً للسلطات الإدارية بالمقارنة بالافراد والعلاقات الفردية فى القانون الخاص . فبالنسبة للافراد ، القاعدة التى لا تقبل الاستثناء أن الفرد صاحب الحق إذا ما اعتدى الغير على حقه ونازعه فيه ، فهو لا يستطيع اقتضاء حقه بنفسه وانتزاعه بالقوة من الغير المغتصب بل يجب على صاحب الحق الإلتجاء أولا إلى القضاء ليقرر له حقه ، وثانياً إلى جهات التنفيذ لتساعده فى تنفيذ الحكم الصادر لصالحه . فالأفراد بإيجاز عند النزاع فى حقوقهم عليهم الحصول على « سند تنفيذى » والأحكام القضائية هى أهم السندات التنفيذية .

هكذا يمكننا قياس امتياز الإدارة فى التنفيذ المباشر . فهى يمكنها تنفيذ قراراتها مباشرة دون أن تلتزم بالالتجاء إلى القضاء ، كما أنها تستطيع تنفيذها جبراً أيضاً أى باستعمال القوة المادية المسلحة إذا لزم الأمر . فالإدارة ليس لها فقط امتياز إصدار قرارات ملزمة للافراد بإرادتها المنفردة وحدها ، بل لها أيضاً امتياز التنفيذ المباشر والجبرى لتلك القرارات .

ولكن امتياز التنفيذ الجبرى المباشر يتضمن فى ذاته تهديداً لمصالح الأفراد الذين يخضعون له . فهو قد يمس حرياتهم الشخصية كالقرارات الصادرة بالقبض أو الاعتقال أو بإبعاد أجنبى عن البلاد ، كما قد يمس حق

الملكية كالقرارات الصادرة بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة أو لاستيلاء عليه مؤقتاً. يضاف إلى ذلك أن التنفيذ المباشر قد يترك آثارا يتعذر أو يستحيل تداركها كتنفيذ قرار بهدم منزل أو بغلق مصنع أو محل تجارى . فإذا إتضح أن القرار غير مشروع عندما يطعن فيه الفرد صاحب الشأن يكون التنفيذ قد حدث من قبل ويتعذر تدارك الضرر الناتج عنه . يضاف أيضاً لما سبق ، أن التنفيذ المباشر الذى تقوم به الإدارة بما يتضمنه من أضرار ومساس بمصالح الأفراد ، يتم دون سبق الاحتكام إلى القضاء مما يفقد الأفراد ضمانة بحث جدية موقف الإدارة وسلامة موقفها وإدعاءاتها قبل القيام بالتنفيذ .

لهذه الاعتبارات ، استقر الفقه والقضاء الإدارى فى فرنسا ومصر على أن حق الإدارة فى التنفيذ المباشر الجبرى لا يمثل الأصل العام أو القاعدة العامة وإنما يمثل استثناء على القاعدة بحيث لا يكون مسموحاً للإدارة باستعمال امتياز التنفيذ المباشر إلا فى حالات محددة على سبيل الحصر . فالقاعدة العامة النظرية هى أن الإدارة مثل الأفراد تلتزم فى الأصل بضرورة الإلتجاء إلى القضاء قبل قيامها بتنفيذ قراراتها وذلك لحماية مصالح الأفراد ، والاستثناء هو جواز التنفيذ الجبرى المباشر فى حالات استثنائية محددة .

وفيما يلى ندرس حالات التنفيذ المباشر ، ثم شروط التنفيذ المباشر :

أولا : حالات التنفيذ المباشر :

اتفق الفقه والقضاء الإدارى فى فرنسا ومصر على أن حق الإدارة فى التنفيذ المباشر الجبرى ينحصر استعماله فى ثلاث حالات استثنائية محددة على سبيل الحصر ، بحيث لا يكون التنفيذ المباشر مشروعاً أو مسموحاً به فى غير تلك الحالات .

وهذه الحالات الثلاث التى يجوز فيها التنفيذ الجبرى المباشر هى :

— حالة وجود نص صريح يسمح للإدارة بالتنفيذ المباشر .

— حالة وجود نص لا يقرر جزاءاً عند مخالفته .

— حالة الضرورة .

ونتناول هذه الحالات فيما يلى :

(أ) حالة وجود نص صريح يسمح للإدارة بالتنفيذ المباشر :

تلك أول حالات التنفيذ المباشر الجبرى وأكثرها وضوحاً ، لأن فيها هذا التنفيذ المباشر يجد أساسه فى نص صريح فى القانون . ومن أمثلة ذلك أولا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ (المعدلة بالقانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٥٦ والقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٢ (من أنه يجوز للإدارة الخصم من مرتب الموظف فى حدود الربع لسداد مستحقاتها من الموظف بسبب يتعلق بأداء وظيفته .

ومثال ذلك أيضاً ما نص عليه قانون المحال العامة رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ من أنه يكون للإدارة الحق فى إغلاق المحل العام إدارياً فى الحالات المشار إليها فى هذا القانون ، ومن أهمها حالة بيع أو تقديم مشروبات روحية أو مخمرة بدون ترخيص سابق ، وحالة لعب القمار أو مزاولة أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور والتى يصدر بشأنها قرار من وزير الداخلية .

ومن أمثلة التنفيذ المباشر بناء على نص يجيزه أيضاً . نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المصرى (بعد تعديلها بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ (من أنه لا يجوز التعدى على الأموال الخاصة المملوكة للدولة ، وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص حق إزالته بالطريق الإدارى (أى بدون سبق الالتجاء إلى القضاء) . وقد أعطى قانون الحكم المحلى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ فى مصر للمحافظ أيضاً حق إزالة التعديات بالطريق الإدارى ، سواء كانت هذه التعديات على أملاك الدولة العامة أو الخاصة (المدة ٢٦ ـ فقرة ٣) .

(ب) حالة وجود نص لا يقرر جزاء عند مخالفته :

هذه الحالة الثانية التى يجوز فيها التنفيذ الجبرى استقر عليها القضاء الادارى فى فرنسا . وهى حالة امتناع الأفراد عن تنفيذ أحكام قانون أو

لائحة لم يتضمنا النص على جزاء جنائى عند مخالفتهما . فإذا كانت القوانين أو اللوائح تنص على جزاءات جنائية توقع على كل من يخرج عن أحكامها . فهنا لا يجوز للإدارة أن تلجأ إلى التنفيذ الجبرى المباشر ، إذ يجب عليها فى هذه الحالة اتخاذ الإجراءات الجنائية لتوقيع الجزاء الجنائى المنصوص عليه وليس للإدارة أكثر من ذلك . . .

ولكن إذا لم ينص القانون أو اللائحة على أى جزاء يوقع على من يخرج على أحكامها ، ففى هذه الحالة يقرر الفقه والقضاء فى فرنسا أن من حق الإدارة تنفيذ هذه الأحكام مباشرة وبالقوة الجبرية إذا امتنع الأفراد عن تنفيذها اختياراً . وذلك حتى يتحقق الاحترام الواجب للقوانين واللوائح .

ولكن تطبيق هذه الحالة الثانية للتنفيذ المباشر نادر الحدوث فى مصر للسببين التاليين :

١ — بالنسبة للوائح ، هناك دائماً جزاء جنائى واجب التطبيق على من يخالف أحكام اللوائح الإدارية . فإذا لم تتضمن لائحة ما النص على عقوبة توقع على من يخالفها ، فإن قانون العقوبات المصرى فى المادة ٣٩٥ قد قرر عقوبة جنائية عامة يجب تطبيقها عند مخالفة أية لائحة إدارية لم تقرر جزاء خاصاً [١] . وهكذا لن يكون مسموحاً للإدارة القيام بتنفيذ اللوائح بالطريق الجبرى المباشر . لأنه إذا خالف أحد الأفراد اللائحة يجب على الإدارة توقيع العقوبة المنصوص عليها فيها ، فإذا لم تتضمن اللائحة أيه عقوبة ، يجب على الإدارة فى هذه الحالة تطبيق العقوبة العامة التى نصت عليها المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات .

---

(١) نصت المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات على ما يأتى « من خالف أحكام اللوائح العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو البلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على العقوبات المقررة للمخالفات ، فإن كانت العقوبات المقررة فى اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها . فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين قرشاً مصرياً »

٢ — بالنسبة للقوانين . إذا خالف أحد الأفراد قانوناً لم ينص على عقوبة لمن يخالف أحكامه ، فإننا نكون أمام احتمالين :

الاحتمال الأول : وهو الغالب ، أن تكون الإدارة قد أصدرت لائحة تنفيذية لتطبيق أحكام هذا القانون ، ومعظم القوانين تستلزم لتطبيقها عملا إصدار لوائح تنفيذية . وفى هذه الحالة لا يجوز للإدارة التنفيذ الجبرى المباشر لأنها يجب أن تطبق العقوبة التى تنص عليها اللائحة التنفيذية ، فإذا لم تتضمن أى جزاء وجب على الإدارة تطبيق العقوبة التى نصت عليها المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات .

والاحتمال الثانى : وهو نادر الحدوث ، إذا لم تصدر الإدارة لائحة تنفيذية على اعتبار أن تطبيق القانون لا يتطلب إصدارها فهنا فقط يجوز للإدارة التنفيذ الجبرى لأحكام القانون حيث إنه لم يتضمن جزاء على مخالفته وحيث إن تطبيقه لم يستلزم إصدار لائحة تنفيذية. فى هذا الاحتمال الاستثنائى يجوز التنفيذ المباشر لضمان احترام أحكام القانون .

(ج) حالة الضرورة :

بالإضافة إلى الحالتين السابقتين ، يجوز أيضاً للإدارة استعمال حق التنفيذ المباشر فى حالة ثالثة هى حالة الضرورة ، والمقصود بحالة الضرورة طبقاً لما استقر عليه القضاء الإدارى المصرى أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر داهم يقتضى منها أن تتدخل فوراً للمحافظة على الأمن أو السكينة أو الصحة العامة ، بحيث إذا هى انتظرت صدور حكم من القضاء يسمح بالتنفيذ لترتب على ذلك أخطار جسيمة .

وعلى سبيل المثال إذا حدثت مظاهرات أو تجمعات خطيرة أو عموماً إذا حدثت اضطرابات تهدد الأمن مباشرة بالأخطار ، فالإدارة إزاء هذه الضرورة لا تستطيع الانتظار فتقوم باتخاذ الإجراءات التنفيذية الجبرية التى تقتضيها الظروف . فللإدارة مثلا قد تقبض على بعض الأشخاص وقد تطلق النار أثناء المظاهرات . كذلك أقر مجلس الدولة المصرى للإدارة فى حالة

الضرورة اعتقال بعض الأشخاص الخطرين على الأمن العام ، كما أقر بحق الإدارة فى إيقاف بعض الصحف وتعطيلها إدارياً إذا توافرت حالة الضرورة.

ونظراً لأن حق الإدارة فى استعمال التنفيذ الجبرى المباشر فى حالة الضرورة يهدد حريات الأفراد ، فقد عمل مجلس الدولة على وضع شروط محددة يجب توافرها لوجود حالة الضرورة . وقد أوردت محكمة القضاء الإدارى هذه الشروط فى حكمها الصادر فى ٢٦ / ٦ / ١٩٥١ وأكدتها المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٤ / ٤ / ١٩٦٢ وأيضاً فى حكمها بتاريخ ٢٦ / ٣ / ١٩٦٦ .

وشروط حالة الضرورة كما أكدتها هذه الأحكام هى كما يلى :

١ — أن يكون هناك خطر جسيم يهدد النظام العام بمحتوياته الثلاثة (الأمن والصحة والسكينة العامة) ويتطلب سرعة تدخل الإدارة لمواجهته .

٢ — أن يتعذر دفع هذا الخطر بالطرق والوسائل القانونية العادية ، ولمنا على العكس يستلزم الأمر استعمال الإدارة لإجراءات غير عادية واستثنائية .

٣ — أن يكون الإجراء الذى اتخذته الإدارة لازماً حتماً فى شدته لظروف الضرورة ، فلا يجوز أن يزيد على ما تقضى به هذه الضرورة . وذلك تطبيقاً للمبدأ الأصولى أن الضرورة تقدر بقدرها .

٤ — أن يكون رائد الإدارة وغايتها فى تدخلها هو تحقيق المصلحة العامة وحدها . فإذا اتضح أن التنفيذ الجبرى المباشر قامت به الإدارة لغايات شخصية بعيدة عن المصلحة العامة ، كان عمل الإدارة سعيا باساءة استعمال السلطة أو الانحراف بالسلطة .

هذه هى حالة الضرورة التى تجيز للإدارة التنفيذ الجبرى المباشر لقراراتها أو لنصوص القانون . والقضاء الإدارى يراقب الإدارة فى تصرفاتها وفى توافر شروط الضرورة ، بحيث إذا لم تتوافر هذه الشروط فان مجلس الدولة يحكم بعدم مشروعية التنفيذ المباشر مع تعويض الأفراد تعويضاً كاملا .

ويجب ألا ننسى أن حق الإدارة في التنفيذ المباشر بالقوة الجبرية بناء على حالة الضرورة ، يمثل حالة مستقلة عن الحالتين السابق دراستهما واللتين تجيزان أيضاً التنفيذ المباشر (حالة وجود نص يسمح بالتنفيذ وحالة وجود نص لا يقرر جزاء عند مخالفته) . ومن ثم حتى إذا لم يوجد نص صريح يجيز التنفيذ المباشر وحتى إذا كانت نصوص القوانين واللوائح تقرر عقوبات في حالة مخالفتها ، يجوز للإدارة بالرغم من ذلك استعمال حق التنفيذ المباشر إذا تحققت حالة الضرورة لأنها حالة مستقلة تعطى بذاتها للإدارة هذا الحق .

ثانياً : شروط التنفيذ المباشر :

في الحالات التي يجوز فيها للإدارة استعمال حق التنفيذ الجبرى المباشر ، يجب على الإدارة مراعاة شرطين هما :

١ — أن تقوم الإدارة بدعوة الأفراد إلى التنفيذ اختيارياً قبل أن تستعمل حق التنفيذ المباشر . فلا يوجد أى مبرر قانونى أو منطقى أن تقوم الإدارة بالتنفيذ جبراً وبالقوة إذا قبل الأفراد القيام بالتنفيذ من تلقاء أنفسهم بالأسلوب الذى يختاروه . وفى هذه الحالة يجب على الإدارة أن تترك لهم الوقت المعقول للتنفيذ الاختيارى .

على أنه تستثنى من هذه القاعدة حالة الاستعجال التى لا تحتمل انتظار قيام الفرد بالتنفيذ الاختيارى .

٢ — يجب أن يكون التنفيذ المباشر بالقدر اللازم فقط لتنفيذ القرار دون تزيد أو تجاوز . فمثلا تنفيذ القرار الصادر بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة يجيز طرد شاغلى العقار واخلائه مما فيه من منقولات ومهمات ، ولكنه لا يجيز الإضرار بهذه المنقولات والأشياء واتلافها .

وفى النهاية الإدارة تقوم باستعمال التنفيذ المباشر فى الحالات التى يجوز فيها ذلك على مسئوليتها . ومن ثم على الإدارة أن تتحقق من وجود إحدى هذه الحالات التى تعطى لها هذا الحق أو الامتياز ، كما يجب عليها أن تدعو الأفراد

للتنفيذ التلقائى والاختيارى قبل قيامها بالتنفيذ جبراً . والقضاء الإدارى يراقبها بناء على طعون الأفراد ذوى المصلحة ، فإذا تبين للقاضى أن الإدارة قامت بالتنفيذ الجبرى دون أن يكون لها الحق فى ذلك أو بدون أن تدعو الأفراد للتنفيذ الاختيارى حيث كان يمكنها ذلك ، فإنه يقضى بعدم مشروعية التنفيذ الجبرى المباشر مع تعويض الأفراد . وإذا كان التنفيذ المباشر لقرار إدارى غير مشروع . فإن القضاء الإدارى يلغى القرار مع التعويض ، وإذا لم يكن التنفيذ قد بدأ بعد للفرد المتضرر أن يطلب وقف التنفيذ مؤقتاً قبل الفصل فى موضوع دعوى الالغاء .

الفصل الثالث

حق نزع ملكية العقارات المملوكة للأفراد أو الاستيلاء عليها مؤقتاً

يحدث كثيراً فى العمل أن تحتاج الإدارة إلى عقارات مملوكة للأفراد وتكون ضرورية لاحتياجات المرافق العامة وللمشروعات ذات النفع العام . وقد تكون حاجة الإدارة لهذه العقارات الخاصة بصورة دائمة وأحياناً تكون فقط بصورة مؤقتة .

والأصل العام أن تحاول الإدارة الحصول على هذه العقارات الخاصة بالأفراد اختياراً وبرضاء مالكيها الأفراد بمقتضى عقود تتلاقى فيها إرادة المالك مع الإدارة . فإذا كانت الإدارة تحتاج للعقار بصورة دائمة فهى تلجأ عادة لطلب شرائه من مالكه بمقتضى عقد بيع مدنى عادى مثل الأفراد العاديين ، وإذا كانت حاجتها للعقار ليست بصفة دائمة بل مؤقتة فهى تحاول يضاً إستئجار العقار من المالك بمقتضى عقد إيجار عادى . والإدارة فى حالة البيع أو الإيجار تتعامل مثل الأفراد دون امتيازات السلطة العامة فلسنا إذن فى نطاق العقود الإدارية ، وإنما فى نطاق عقود مدنية خاصة تخضع للقانون الخاص ويختص بمنازعتها القضاء العادى وليس مجلس الدولة .

ولكن قد يتعذر ويستعصى على الإدارة الحصول على العقارات التى تحتاج إليها بالطريق الودى أى بأسلوب العقد والتراضى ، فقد يرفض مالك العقار بيعه للإدارة أو إيجاره لها ، أو قد يستغل حاجة الإدارة الماسة للعقار ويشترط ثمناً أو أجرة مغالى فيهما بدرجة كبيرة . فكيف تتصرف الإدارة ؟

فى هذه الحالة تسمح القوانين للإدارة أن تلجأ إلى الأسلوب الجبرى حتى لا تضيع المصلحة العامة وتضار المرافق العامة . فأجاز المشرع للإدارة إذا كانت حاجتها للعقار بصورة دائمة أن تنزع ملكيته جبراً مع تعويض المالك

بطريقة عادلة ، وإذا كانت الحاجة للعقار بصورة مؤقتة أجاز المشرع أن تقوم الإدارة بالإستيلاء عليه مؤقتاً مع التعويض .

وواضح أن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت على عقارات الأفراد بمقتضى قرار إدارى ، يمثلان امتيازاً هاماً من امتيازات السلطة العامة والقانون العام . وهو امتياز لا مقابل له فى القانون الخاص ، إذ لا يتصور أن يتمتع فرد أو هيئة خاصة بمثل هذا الامتياز الاستثنائى نظراً لأن هذا القانون الخاص يقوم ويتأسس على فكرة مساواه الخاضعين لأحكامه من الأفراد والهيئات الخاصة .

وفيما يلى ندرس تباعاً نزع الملكية للمنفعة العامة ، ثم الاستيلاء المؤقت .

المبحث الأول

نزع الملكيـــة للمنفعة العـــامة

يمكن تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنه سلطة الإدارة فى حرمان مالك العقار من ملكه جبراً لتحقيق منفعة عامة مقابل تعويض المالك .

ويبدو واضحاً أن نزع الملكية يمثل امتيازاً استثنائياً للإدارة لا مثيل له فى القانون الخاص ، لأن نزع الملكية ينطوى على اعتداء صريح على الملكية الخاصة . ولكن هذا الامتياز يجد تبريره فى فكرة المنفعة العامة أو المصلحة العامة التى تستلزم هذا الإجراء الجبرى ودستور اليمن الصادر عام ١٩٧٠ إذا كان قرر حماية الملكية الخاصة إلا أنه أجاز نزع الملكية للمنفعة العامة ولكن بشرط ، هو تعويض المالك وفقاً للقانون حتى يتم التوفيق اللازم بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد .

وفى هذا المعنى نصت المادة ١٢ من الدستور الدائم لعام ١٩٧٠ على ما يلى : « الملكية الخاصة مصونة ، ولا تنزع إلا للمصلحة العامة . ويحدد القانون مقدار وطريقة التعويض » .

ويلاحظ أن المشرع اليمنى لم يصدر بعد قانون ينظم نزع الملكية للمنفعة العامة وفقاً لما أشار إليه الدستور اليمنى ، وأيضاً لم يصدر أيضاً قانون ينظم

الاستيلاء المؤقت . وهذا النقص يجب سده وتلافيه بإصدار هذه التشريعات سيما تشريع نزع الملكية . وسندرس التشريع المصرى فى نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للاسترشاد فقط بالقواعد العامة فى هاتين المسألتين .

وفى مصر ينظم أحكام نزع الملكية القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين (المعدل بالقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ والقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٢) وكذلك القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٦ بشأن نزع ملكية الأحياء لإعادة تخطيطها وتعميرها .

وفيما يلى ندرس الخصائص العامة لنزع الملكية ، ثم إجراءات نزع الملكية .

المطلب الأول

الخصائص العامة لنزع الملكيـة

لنزع الملكية خصائص عامة أساسية ، تمثل أيضاً وفى نفس الوقت شروطاً لصحته قانوناً بحيث إذا تخلف أحدها لا يجوز نزع الملكية أو يقع هذا الإجراء باطلا . وهذه الخصائص العامة تتمثل فى أربعة خصائص كما يلى :

أولا : نزع الملكية لا يرد إلا على العقارات :

فالعقارات وحدها هى التى يمكن أن تكون موضوعاً أو محلا لنزع الملكية للمنفعة العامة ، أما المنقولات فلا يجوز نزع ملكيتها . كذلك العقارات الحكمية كالحقوق العينية العقارية (مثل حق الانتفاع أو الارتفاق) لا يجوز أن تكون موضوعاً لنزع الملكية وإجراءاته . ولكن يجب أن نلاحظ أنه ينتج عن نزع ملكية العقار الأصلى تطهيره من الحقوق العينية العقارية التى تثقله وترد عليه .

وإذا كانت العقارات وحدها هى التى يجوز نزع ملكيتها ، فإنه لا تشترط صفة خاصة فى هذه العقارات : فقد يكون العقار مبنياً أو أرضا

غير مبنية ، وقد يكون مشغولاً (بسكان أو بتجارة أو صناعة) أو خالياً ، وإذا كان أرضاً قد تكون بوراً أو مزروعة . ولكن مع ملاحظة هامة بالنسبة للعقار المبنى : فى هذه الحالة يجب أن يرد نزع الملكية على الأرض والمبنى معاً . فلا يجوز أن يقتصر نزع الملكية على المبانى دون الأرض أو على الأرض دون البناء أو على بعض أدوار هذا البناء .

والأصل أن نزع الملكية لا يقع إلا على العقارات المملوكة للافراد أو الهيئات الخاصة ، لأن تلك العقارات الخاصة هى المقصودة أصلا بنظام نزع الملكية كامتياز للإدارة . لذلك يثور التساؤل عما إذا كان من الممكن نزع ملكية أموال الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة ؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نفرق فى شأن أموال الأشخاص العامة بين الأموال العامة والأموال الخاصة . بالنسبة للأموال الخاصة فإنه يجوز نزع ملكيتها للمنفعة العامة . ومن ثم إذا احتاجت الدولة لعقار مملوك ملكية خاصة لأحد الأشخاص العامة المحلية (كالمحافظات أو المدن) أو لأحد الأشخاص المرفقية كهيئة عامة ، فيجوز للدولة اتخاذ إجراءات نزع العقار جبراً إذا لم يقبل الشخص العام المحلى أو المرفقى التنازل عنه اختيارياً .

أما فيما يتعلق بالأموال العامة فالمتفق عليه فقهاء وقضاء فى فرنسا ومصر أنه لا يجوز نزع ملكيتها جبراً . فإذا احتاجت الدولة لعقار مملوك ملكية عامة لشخص إدارى محلى أو مرفقى لا تستطيع اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، وإنما يجب أن تلجأ الدولة إلى الإتفاق ودياً مع الشخص الإدارى على التنازل عن العقار مقابل التعويض أو على تغيير تخصيص العقار إلى المشروع القومى الذى تريد الدولة تخصيص العقار له .

ثانياً : نزع الملكية يكون لصالح شخص معنوى عام :

ومن ثم قد يكون نزع الملكية لصالح الدولة بما تحتويه من الوزارات المختلفة ، كما قد يكون لصالح الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية كالهيئات العامة .

وإذا كان الأصل هو أن حق الاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة يكون مقصوراً على الأشخاص العامة على هذا النحو ، إلا أنه من قبيل الاستثناء يجوز أن يتم نزع الملكية لصالح أحد الملتزمين بإدارة مرفق عام لتحقيق منفعة هذا المرفق . والواقع أن هذا الاستثناء ظاهرى أكثر منه حقيقى لأن نزع الملكية يتم فى الجوهر لحساب الإدارة نظراً لأن المرفق العام بمنشآته ومهماته سيؤول إلى الإدارة مانحة الالتزام بعد انتهاء مدة عقد التزام المرافق العامة .

ثالثاً : نزع الملكية يجب أن يكون لمنفعة عامة :

فلا يجوز نزع ملكية الأفراد جبراً وحرمانهم من عقاراتهم لغاية أخرى غير المنفعة العامة وحدها .

وعلى سبيل المثال دستور ١٩٧٠ الدائم قرر فى المادة ١٢ أنه « . . . لا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة . . . » كذلك فى مصر شرط المنفعة العامة يتطلبه المشرع باستمرار بدليل أن هذا الشرط يظهر فى تسمية التشريعات التى نظمت نزع الملكية : فالقانون القديم رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ قد صدر « بشأن نزع ملكية العقارات للمنافع العمومية » والقانون الحالى رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ صدر هو أيضاً « بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين » .

ولكن المشرع إذا كان يشترط دائماً أن يكون نزع الملكية للمنفعة العامة ، إلا أنه لم يقيد الإدارة بتحديد معين بالذات لتلك المنفعة العامة ، وبمعنى آخر ترك المشرع للإدارة سلطة تقديرية فى اختيار نوع أو صورة المنفعة العامة التى تنزع الملكية من أجلها . ومن ثم تأخذ المنفعة العامة مفهوماً واسعاً بحيث تعنى المصلحة العامة على أى وجه من الوجوه طبقاً لتقدير الإدارة .

وهذا ما أكدته أحكام مجلس الدولة . فمحكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٥٤ تقول : « باستقصاء نصوص القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ بشأن نزع ملكية العقارات للمنافع العمومية ، يبين أن المرسوم

الصادر بنزع ملكية هو الذى يقرر المنفعة العامة . ولم يحدد هذا القانون أركان المنفعة العامة لأنها تختلف باختلاف الظروف والأحوال » .

ومن ثم إذا كان يجوز نزع الملكية لشق طريق عام أو إقامة حديقة عامة أو ساحات وملاعب عامة أو لصيانة الآثار . فإنه يجوز أيضاً نزع ملكية مبنى لتشغله مدرسة أو إدارة حكومية أو محكمة أو حتى من أجل هدمه حماية للأمن العام . بل يجوز أيضاً نزع ملكية عقار لتهيئة مقر سفارة لإحدى الدول أو مقر لمنظمة دولية . وهكذا نرى مدى اتساع سلطة الإدارة التقديرية فى تقدير المنفعة العامة .

ويترتب على حرية الإدارة فى تقدير المنفعة العامة نتيجتان :

١ — الإدارة لها حرية اختيار العقار الذى تراه ملائماً لتحقيق المنفعة العامة التى تنزع الملكية من أجلها . ومن ثم لا يقبل من الأفراد الطعن على اختيار الإدارة بحجة أنها كان يمكن لها أن تختار عقاراً آخر فى مكان آخر غير الذى اختارته .

٢ — أن للإدارة أيضاً حرية تقدير المساحة اللازمة لإقامة المشروع ذى النفع العام ، ولا يقبل الادعاء ضد الإدارة بأن مساحة أقل كانت تكفى لإقامة مشروعها . بل إن قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ أجاز للإدارة فى بعض الحالات إضافة عقارات أخرى إلى تلك العقارات اللازمة لإقامة المشروع الأصلى . فالمادة ٢٣ من القانون تنص على أنه : « إذا كان الغرض من نزع الملكية هو إنشاء أحد الشوارع أو الميادين أو توسيعه أو تعديله أو تمديده أو إنشاء حى جديد أو لشأن من شئون الصحة أو التحسين أو التجميل ، جاز أن يشمل نزع الملكية ، فضلا عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلى ، أية عقارات أخرى ترى السلطة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض المقصود من المشروع أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين أو التجميل المطلوب ، كما يجوز نزع ملكية أية عقارات أخرى بقصد تحقيق الأغراض سالفة الذكر دون أن يكون ذلك مرتبطاً بمشروع منفعة عامة » .

وأخيراً إذا كان للإدارة حرية تقدير المنفعة العامة بهذا المدى المتسع وبهذه النتائج ، إلا أن حرية الإدارة يرد عليها قيد عام هو عدم إساءة استعمال السلطة . ويكون عمل الإدارة معيباً بهذا الوجه من أوجه عدم المشروعية إذا ظهر أن الغرض الحقيقى لنزع الملكية ليس المصلحة العامة بل تحقيق منفعة مالية بحتة أو أغراض شخصية .

رابعاً : نزع الملكية يجب أن يكون فى مقابل تعويض عادل :

فإذا كان نزع الملكية يمثل اعتداء على مصلحة الأفراد مالكى العقارات من أجل مصلحة عامة أولى بالرعاية ، إلا أنه يجب أن يتم تعويض هؤلاء الأفراد المنزوعة ملكيتهم حتى يتحقق التوازن والتوافق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة . ويجب أن يكون هذا التعويض عادلا بمعنى أنه يجب أن يغطى كامل الضرر الذى أصاب مالك العقار .

وقد قرر دستور ١٩٧١ مبدأ ضرورة التعويض فى المادة ٣٤ (سابق الإشارة إليها) التى نصت على أن « لا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون » . وقانون نزع الملكية من ناحيته قد نظم هذا التعويض بطريقة عادلة وأحاطه بضمانات قضائية تكفل التقدير العادل له .

المطلب الثانى

إجراءات نزع الملكية

تمر اجراءات نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة بمراحل محددة نظمها قانون نزع الملكية رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (المعدل بالقانونين رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ ورقم ١٣ لسنة ١٩٦٢ (. وهذه الإجراءات تمثل تنظيما مركزياً موحداً ينطبق فى كل حالة تطلب فيها جهة إدارية عامة نزع ملكية عقار لمشروع عام له صفة المنفعة العامة . إذن الجهة صاحبة المصلحة فى نزع الملكية يقف دورها على طلب تحريك هذه الإجراءات أو هذا التنظيم الإجرائى المركزى الموحد . وعناصر هذا التنظيم الإجرائى تجمع القرار الجمهورى الذى يقرر صفة المنفعة العامة للعقار المطلوب نزع ملكيته ،

ومصلحة المساحة التى أعطاها المشرع دائماً صفة « المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية » ، بالإضافة إلى ملاك العقارات موضوع نزع الملكية وأصحاب الحقوق الأخرى على تلك العقارات ، وأخيراً القضاء العادى وبالذات المحكمة الابتدائية المختصة فى حالة المعارضة فى تقدير التعويض عن نزع الملكية. تلك هى الأطراف الأساسية فى إجراءات نزع الملكية أو فى هذا التنظيم الإجرائى المركزى الذى ينطبق ويتحرك فى كل حالة تطلب فيها جهة عامة تابعة لإحدى الأشخاص الادارية نزع الملكية لإحدى مشروعاتها ذات النفع العام أو المتصلة بالمصلحة العامة . تلك هى الفكرة العامة لإجراءات نزع الملكية . وفيما يلى بيان لمراحل هذه الإجراءات :

أولا : تقرير المنفعة العـــامة :

بداية إجراءات نزع الملكية تتمثل فى قرار رئيس الجمهورية الذى يصدر بتقرير صفة المنفعة العامة للعقار أو العقارات المراد نزع ملكيتها ويجب أن يرفق بالقرار مذكرة ببيان المشروع الذى يعتبره القرار من أعمال المنفعة العامة وكذلك رسم بتخطيطه الإجمالى . وهذا القرار هو قرار نزع الملكية الأساسى والذى ترتكز عليه كافة الإجراءات التالية . وهو باعتباره قراراً إدارياً فهو يقبل الطعن بالإلغاء استقلالا أمام مجلس الدولة : على سبيل المثال بسبب انتفاء صفة المنفعة العامة (أو المصلحة العامة) أو بسبب أن القرار لم يرفق به مذكرة ببيان المشروع المعتبر من أعمال المنفعة العامة أو الرسم التخطيطى . وهذا القرار هو ليس قراراً تنظيمياً عاماً بل قراراً فردياً لأنه يمس المركز القانونى الذاتى لمالك العقار وغيره أصحاب الحقوق عليه (حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٩٧٥) .

وتقرير صفة المنفعة العامة بمقتضى هذا القرار لا يترتب عليه بذاته خروج العقارات اللازمة للمشروع من ذمة صاحبها وانتقال ملكيتها إلى ذمة الجهة الإدارية بل تظل على ملك صاحبها . فتقرير المنفعة العامة ليس طريقاً لاكتساب الملكية . وإنما هو إجراء القصد منه إضفاء صفة على العقار من شأنها أن تمنع صاحبه من آن يتصرف فيه تصرفاً يكون الغرض منه عرقلة

السر فى تنفيذ المشروع المقرر أو الحصول على تعويض أكبر (مثل إجراء تحسينات أو إنشاء مبانى أو غرس) . ومن ثم فإنه لا يعتد بهذه التصرفات ولا تسرى فى مواجهة أو فى حق جهة الإدارة (حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٦ / ١ / ١٩٦٥) .

وقد أوجب قانون نزع الملكية نشر القرار الجمهورى بتقرير المنفعة العامة (قرار نزع الملكية) مع صورة المذكرة المرفقة به فى الجريدة الرسمية . كما يجب بالإضافة لذلك لصق القرار فى المحل المعد للإعلانات بالمحافظة وفى مقر العمدة (أو مقر البوليس) وفى المحكمة الإبتدائية الكائن فى دائرتها العقار المراد نزع ملكيته .

وبمجرد حصول النشر على هذا النحو يكون من حق مندوبى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية (وهى مصلحة المساحة) دخول العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة لإجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار .

ثانياً : حصر العقارات اللازمة للمنفعة العامة :

يتم حصر العقارات والمنشآت التى تقرر لزومها للمنفعة العامة بواسطة لجنة إدارية مؤلفة من مندوب عن المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية ومن أحد رجال الإدارة المحليين ، ومن الصراف . ويسبق عملية الحصر إعلان بالموعد الذى يعين للقيام بها . يلصق فى المحل المعد للإعلانات بالمحافظة وفى مقر العمدة أو مقر البوليس ، كما يخطر أصحاب الشأن بالموعد المذكور بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وعلى جميع الملاك وأصحاب الحقوق على العقار الحضور أمام لجنة الحصر فى موقع المشروع للإرشاد عن ممتلكاتهم وحقوقهم . وتقوم اللجنة بتحرير محضر تبين فيه الممتلكات وأسماء الملاك وأصحاب الحقوق ومحال إقامتهم .

ثالثاً : إعداد الكشوف والأخطار بالإخلاء :

تقوم المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية بإعداد كشوف من واقع عملية الحصر سالفة الذكر ، تبين فيها العقارات والمنشآت التى تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق عليها ومحال إقامتهم والتعويضات التى تقدرها لهم . وتعرض هذه الكشوف ومعها خرائط تبين مواقع هذه الممتلكات فى المقر الرئيسى للمصلحة وفى المكتب التابع لها بعاصمة المحافظة وفى مقر العمدة أو مقر الشرطة لمدة شهر . ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا العرض بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول . ويجب أن يسبق هذا العرض إعلان فى الجريدة الرسمية وفى جريدتين يوميتين واسعتى الانتشار . يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط فى الأمكنة المذكورة .

ويخطر فى نفس الوقت الملاك والمستأجرين بالإخلاء ، على أن يتم الاخلاء خلال خمسة شهور .

ولذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق على العقار (كرهن مثلا) خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إنتهاء مدة عرض الكشوف (وهى شهر) الاعتراض على البيانات الواردة بهذه الكشوف أو على مبلغ التعويض . وتقدم المعارضات إلى المقر الرئيسى للمصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية أو إلى المكتب التابع لها بعاصمة المحافظة الكائن فى دائرتها العقار .

وإذا لم تقدم اعتراضات خلال المدة المذكورة ، اعتبرت البيانات الخاصة بالعقارات والحقوق المدرجة بالكشوف نهائية ولا تجوز المنازعة فيها أو الإدعاء فى شأنها بأى حق فى مواجهة الجهة نازعة الملكية . ويكون أداء المبالغ المدرجة فى الكشوف (التعويضات) إلى الأشخاص المقيدة أسماؤهم فيها مبرئاً لذمة الجهة نازعة الملكية فى مواجهة الكافة . وهذا الإبراء نسبى أى مقصور على الإدارة ولمصلحتها ، ولكن يكون لكل ذى حق أن يطالب بحقه بالطرق القانونية فى مواجهة الأشخاص الذين تصرف لهم التعويضات بدون وجه حق .

رابعاً : انتقال الملكيـــة :

يوقع الملاك وأصحاب الحقوق التى لم تقدم فى شأنها معارضات على نماذج خاصة بنقل الملكية للمنفعة العامة . أما الممتلكات التى يتعذر الحصول على توقيع أصحاب الشأن فيها ، فيصدر بنزع ملكيتها قرار من الوزير المختص . وتودع النماذج أو القرار الوزارى فى مكتب الشهر العقارى المختص . ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع ، بمعنى أن الملكية تنتقل نهائياً بهذا الإيداع إلى الجهة الإدارية نازعة الملكية وينتقل ما على العقار من حقوق إلى مبلغ التعويض . وهذا يعنى أن الملكية تنتقل بالايداع مطهرة مما كان يثقلها من حقوق عينية أو شخصية وتنصب هذه الحقوق على التعويض المالى المحدد .

خامساً : التعويض والقواعد التى تحكمه :

مبدأ التعويض العادل لمالك العقار المنزوعة ملكيته قررته الدساتير المصرية المتعاقبة وآخرها الدستور الحالى لعام ١٩٧١ . فالمادة ٣٤ من هذا الدستور قررت أنه « لا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل **تعويض وفقاً للقانون** » . وإذا كان الدستور لم يضف كلمة « عادل » لوصف هـــذا التعويض ، إلا أنه مفهوم ضمناً وحتماً أن تعويض المالك يجب أن يكون عادلا أى كاملا بمعنى أنه يجب أن يغطى كامل الضرر المباشر الذى أصاب المالك . وقد كفل قانون نزع الملكية رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ عدالة التعويض بميزان منضبط وبصفة خاصة قرر حق المالك فى الطعن القضائى لضمان تحقق سلامة تقدير التعويض وعدالته .

وفيما يلى نشير إلى تقدير التعويض عن نزع الملكية ثم المعارضة فى هذا التقدير . وأخيراً نتعرض لحالة خاصة هى التعويض عن الحرمان من الإنتفاع بالعقار فى حالة الإستيلاء المباشر عليه قبل إتمام إجراءات نزع ملكيته :

(أ) تقدير التعويض عن نزع الملكية :

فى إطار إجراءات نزع الملكية ، بعد إتمام حصر العقارات تقوم المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية بتقدير التعويضات المستحقة للمالك (أو الملاك) وأصحاب الحقوق الأخرى وتدرج مبلغ التعويض فى الكشوف التى يتم إعدادها على النحو الذى سبق أن رأيناه .

ومن تاريخ تحديد التعويض على هذا النحو ، يستحق أصحاب الشأن هذا التعويض ولا تحول معارضتهم فى تقديره دون الحصول عليه (مادة ١٥ من قانون نزع الملكية) .

وقد قرر قانون نزع الملكية أنه لا يدخل فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية المبانى أو الغرس أو التحسينات أو عقود الإيجار أو غير ذلك إذا ثبت أنها أجريت بقصد الحصول على تعويض أزيد . وذلك بغير إخلال بحق صاحب الشأن فى إزالة هذه المبانى أو الغراس أو التحسينات على نفقته الخاصة بشرط عدم الإضرار بالمشروع المراد تنفيذه (مادة ٢٥) .والقانون قد وضع قرينة مقتضاها أن كل ما يعمل أو يتخذ من هذا القبيل بعد نشر القرار المقرر للمنفعة العامة فى الجريدة الرسمية يعتبر أنه أجرى بغرض الحصول على تعويض أزيد ، ومن ثم لا يعتد به ولا يدخل فى تقدير التعويض (نفس المادة) .

(ب) المعارضة فى تقدير التعويض :

لملاك العقارات المنزوعة ملكيتهم وأصحاب الحقوق الأخرى الحق فى المعارضة فى تقدير التعويض . وتقدم هذه المعارضات إلى المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية ، التى يجب عليها أن تحيل هذه المعارضات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنقضاء المدة المحددة لتقديم المعارضات إلى رئيس المحكمة الإبتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو العقارات . ويقوم رئيس المحكمة الإبتدائية بدوره بإحالة المعارضات فى خلال ثلاثة أيام إلى قاضى يندبه لرئاسة لجنة للفصل فى هذه المعارضات .

وتتشكل هذه اللجنة برئاسة القاضى المنتدب من رئيس المحكمة الابتدائية وعضوية إثنين من الموظفين الفنيين أحدهما عن مصلحة المساحة (القائمة بإجراءات نزع الملكية) والثانى عن الجهة الإدارية طالبة نزع الملكية .

وتفصل اللجنة فى المعارضات خلال شهر من ورودها إليها . ويكون لكل من المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية وأصحاب الشأن الحق فى الطعن فى قرار لجنة المعارضات أمام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانهم بالقرار المذكور . وتنظر المحكمة فى الطعن على وجه الاستعجال ويكون حكمها فيه نهائياً .

وقد أراد المشرع كما نرى أن يكون الاختصاص بنظر الطعون فى تقدير التعويض أمام المحكمة الابتدائية المختصة أى لجهة القضاء العادى ، وبالتالى لا يختص مجلس الدولة فى مسألة التعويض رغم أنها منازعة إدارية بالمعنى الصحيح وذلك بسبب نص تشريعى خاص . ولكن يظل مجلس الدولة مختصاً فى الطعون بالإلغاء والتعويض فى قرار نزع الملكية أى القرار الجمهورى بتقرير المنفعة العامة للعقارات المقصود نزع ملكيتها ، وهو بلا شك القرار الأول الأساسى الذى ابتدأ منه وعلى أساسه تتحرك عليه إجراءات نزع الملكية كلها .

(ج) التعويض عن الحرمان من الانتفاع بالعقار فى حالة الاستيلاء عليه مباشرة :

أجاز قانون نزع الملكية للإدارة أن تستولى على العقار الذى تقرر نزع ملكيته بأسلوب التنفيذ المباشر ، وقبل إتمام إجراءات نزع الملكية . ويكون ذلك بقرار من رئيس الجمهورية ينشر فى الجريدة الرسمية ويشمل بياناً إجمالياً بالعقار واسم المالك الظاهر مع الإشارة إلى القرار الصادر (أيضاً عن رئيس الجمهورية) بتقرير المنفعة العامة (المادة ١٦ معدلة بالقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠) . ويترتب على نشر القرار الصادر بالاستيلاء اعتبار العقار مخصصاً للمنفعة العامة فلا يجوز التصرف فيه . ويبلغ قرار الاستيلاء لأصحاب الشأن ويعطوا مهلة لا تقل عن أسبوعين لإخلاء العقار (مادة ١٦ السابقة) .

وحكمة الاستيلاء بالتنفيذ المباشر ، هو تمكين الجهة الإدارية طالبة نزع الملكية من سرعة وضع يدها على العقار إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ومن ثم تقوم الجهة الإدارية بالتعجيل من الاستفادة بالعقار ، وتستمر اجراءات نزع الملكية حتى تنتقل الملكية إليها نهائياً .

ولكن القانون لم يغفل حق المالك التى يحرم من الانتفاع بملكه ، لذلك فقد قرر القانون أحقية هذا المالك فى التعويض عن حرمانه من الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلى عليه حتى وقت دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية . وتحدد المصلحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء الفعلى مبلغ التعويض المستحق عن عدم الانتفاع . ولصاحب الشأن حق المعارضة فى هذا التقدير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه ، ويكون الفصل فى هذه المعارضة طبقاً للأحكام الخاصة بالمعارضة فى تقدير التعويض عن نزع الملكية (ذات المادة ١٦ السابقة) .

المبحث الثانى

الإستيلاء المؤقت

الاستيلاء المؤقت كما يدل عليه اسمه يتمثل فى حق جهة الإدارة فى حيازة عقار مملوك لأحد الأفراد جبراً عنه بصفة مؤقتة وليس بصفة دائمة ، وذلك فى الأحوال التى يبينها القانون ومقابل تعويض المالك الذى يبقى محتفظاً بملكيته ولكن يحرم من استعمال عقاره مؤقتاً أثناء فترة الاستيلاء عليه .

حالات الاستيلاء المؤقت :

فى مصر بينت المادة ١٧ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ تلك الحالات التى يجوز فيها للإدارة الاستيلاء مؤقتاً على عقارات الأفراد ، وهى حالتان :

الحالة الأولى : حالة الاستعجال أو حالة الطوارئ . وقد عبرت عنها المادة ١٧ المشار إليها بقولها « حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء وفى سائر الأحوال الطارئة والمستعجلة ، يجوز الاستيلاء مؤقتاً على

العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها » . وواضح ان النص حدد حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء من قبيل التمثيل وليس الحصر ، بدليل أنه اتبع ذلك بقوله « وفى سائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة » . ومن ثم تتمثل الحالة الأولى التى يجوز فيها للإدارة الاستيلاء المؤقت كل ظرف يتوافر فيه وصف الضرورة أو الاستعجال ، وتقدير الإدارة لمثل تلك الظروف يخضع بالتأكيد لرقابة القضاء الإدارى .

الحالة الثانية : حالة ما إذا كان العقار المستولى عليه لازماً لخدمة مشروع ذى نفع عام . والمفروض فى هذه الحالة الثانية للاستيلاء المؤقت أن حاجة المشروع ذى النفع العام للعقار ليس بصفة دائمة . وإلا قامت الإدارة باتخاذ اجراءات نزع ملكيته .

السلطة المختصة بالاستيلاء المؤقت :

كانت المادة ١٧ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ تعطى سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات للمدير أو المحافظ . وذلك فى الحالتين السابقتين وهما حالة الاستعجال أو الطوارئ وحالة لزوم العقار لخدمة مشروع ذى نفع عام .

ولكن المادة ١٧ السابقة قد تم تعديلها بالقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ الذى نصت مادته الثانية على أنه « فيما عدا الأحوال الطارئة والمستعجلة التى تقتضى الاستيلاء المؤقت على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم والوقاية وغيرها يكون الاستيلاء المؤقت على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية » .

وبناء على ذلك التعديل يجب أن نميز فى شأن السلطة المختصة بالاستيلاء المؤقت بين حالة الاستعجال أو الطوارئ (الحالة الأولى) حيث يجب أن يكون الاستيلاء بقرار يصدر من المحافظ المختص ، وبين حالة لزوم العقار لخدمة مشروع ذى نفع عام (الحالة الثانية) حيث يجب أن يتحقق الاستيلاء بقرار يصدر من رئيس الجمهورية .

إجراءات الإستيلاء:

على خلاف الإجراءات الطويلة والصعبة التي يتميز بها نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ، تتميز اجراءات الاستيلاء المؤقت بالبساطة والسرعة وعدم التعقيد . إذ يكفى فى الاستيلاء المؤقت أن يقوم مندوبو المصلحة المختصة بإثبات صفة العقار ومساحته وحالته عند الاستيلاء . فإذا انتهت الإدارة المختصة من ذلك كان لها أن تستولى على العقار دون حاجة لإجراءات أخرى .

وهذه البساطة فى الإجراءات تبدو مفهومة ومبررة بالذات فى الحالة الأولى للاستيلاء المؤقت وهى حالة الاستعجال أو الطوارئ أما فى الحالة الثانية وهى حالة لزوم العقار لخدمة مشروع ذى نفع عام فإن المشروع يتطلب بعض الإجراءات لحماية مالك العقار من أهمها اشتراط محاولة التفاهم مع المالك قبل الاستيلاء المؤقت بالطريق الجبرى .

تقدير التعويض والمعارضة فيه :

تعين المصلحة المختصة ، خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء ، قيمة أو مبلغ التعويض المستحق لأصحاب الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار ولهؤلاء حق المعارضة فى تقدير الإدارة . وفى هذه الحالة يكون الفصل فى المعارضة طبقاً للأحكام الخاصة بالمعارضة فى التعويض عن نزع الملكية ، وقد سبق لنا أن عرفنا هذه الأحكام فى المبحث السابق .

مدة الاستيلاء :

باعتبار أن الاستيلاء هو مؤقت بطبيعته ، فإن الإدارة يجب أن تحدد مدة مؤقتة للاستيلاء على العقارات . وقد وضع المشرع حداً أقصى لهذه المدة لا يجوز للإدارة أن تتعداه . وهو مدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الاستيلاء الفعلى على العقار (المادة ١٨ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤) .

وإذا حددت الإدارة للاستيلاء مدة قصيرة معينة ولتكن سنة واحدة ، فإنه يجوز للإدارة أن تقوم من تلقاء نفسها بتجديد هذه المدة طالما أن

السبب المبرر للاستيلاء مازال قائماً ، ولكن بشرط ألا تتعدى الإدارة مدة الثلاث سنوات المحددة .

وإذا دعت الضرورة إلى امتداد المدة لأكثر من ثلاث سنوات ، فإنه يجب على الإدارة أن تحصل على رضاء مالك العقار . فإذا رفض مالك العقار أو تعذر الحصول على رضائه وكانت الإدارة تحتاج فعلا للعقار لمدة أطول من ثلاث سنوات ، فإنه يجب على الإدارة فى هذه الحالة أن تتخذ اجراءات نزع ملكية العقار قبل انقضاء مدة الثلاث سنوات بوقت كاف .

رد العقار لمالكه فى نهاية مدة الإستيلاء :

نظراً لأن الاستيلاء يتم بصفة مؤقتة . فإنه يجب على الإدارة أن تقوم بإعادة العقار لمالكه فى نهاية مدة الاستيلاء ، وذلك بنفس حالته وقت الاستيلاء عليه . وتلتزم الإدارة بتعويض كل تلف أو نقص فى قيمة العقار (المادة ١٨ السابقة) .

وإذا أصبح العقار فى نهاية مدة الاستيلاء غير صالح للاستعمال الذى كان مخصصاً له من قبل ، وكذلك إذا أرادت الإدارة الاستيلاء على العقار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات ورفض مالكه كما سبق البيان ، ففى أى من هاتين الحالتين يجب على الإدارة أن تتخذ اجراءات نزع ملكية العقار قبل مضى مدة الثلاث سنوات بوقت كاف . وفى هذه الحالة قرر المشرع أن تقدر قيمة العقار بحسب الأوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء عليه وطبقاً للأسعار السائدة وقت نزع ملكيته (المادة ١٨ المشار إليها) . وواضح أن تقدير قيمة العقار على هذا النحو قد روعى فيه المصلحة المشروعة لمالك العقار .

الباب الثالث
أموال الدولة والأشخاص العامة الأخرى

الإدارة أو السلطات الإدارية ، مركزية تابعة للدولة أم لا مركزية كالهيئات والمؤسسات العامة ووحدات الحكم المحلى . عليها واجب عام يتمثل فى تحقيق المصالح العامة للأفراد أو بمعنى أدق عليها واجب تحقيق النفع العام للمواطنين . وهذا واضح فى قيام الإدارة بتسيير المرافق العامة لأن المرفق العام بحكم تعريفه نشاط تتولاه الإدارة أو تهيمن على إدارته بقصد تحقيق النفع العام مباشرة . وكذلك فى قيام الإدارة بوظيفتها الأخرى التى تتمثل فى الضبط الإدارى أو المحافظة على النظام العام ، فهى تستهدف قطعاً فى نهاية الأمر بل ومباشرة تحقيق النفع العام .

والإدارة فى نشاطها الموجه نحو النفع العام تحتاج لأموال ضرورية لتحقيق رسالتها . سواء كانت عقارات أو منقولات . عقارات كالمبانى التى تشغلها الإدارات الحكومية وخطوط السكك الحديدية والمطارات والموانى والطرق العامة ، ومنقولات كالأسلحة والذخائر والسيارات والسفن والطائرات بل وأيضاً الأدوات الكهربائية والأدوات المكتبية اللازمة لعمل الموظفين .

وإلى جانب هذه الأموال العقارية والمنقولة اللازمة لنشاط الإدارة ذى النفع العام ، وهى ما يطلق عليه عموماً اصطلاح الأموال العامة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى اللامركزية . إلى جانب هذه الأموال العامة اللازمة للنفع العام هناك ما يسمى بالأموال الخاصة للدولة والأشخاص العامة والتى هى لا ترصد مباشرة للنفع العام ، وإنما يقال عنها عادة أن الدولة تمتلكها كأى مالك خاص عادى باعتبارها ثروة مادية تمدها بعائد مالى وإن كان قد تتحول أحد مفرداتها أو أجزائها للنفع العام فى وقت لاحق فتصبح مالا عاماً . ومن أمثلة الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص العامة ، الأراضى الفضاء ، والأراضى الصحراوية المملوكة للدولة وكذلك ما قد تمتلكه من أراضى زراعية أو مبانى لاستغلالها على نحو مالى أو للربح .

ومن وجهة نظر القانون الإدارى ، الأموال العامة المرصودة للنفع العام هى التى تمثل مركز البحث والاهتمام من وجهة نظر التشريع والفقه والقضاء الإداريين . وذلك لأن تلك الأموال العامة هى التى تتمتع بنظام قانونى خاص ينتمى للقانون العام أو بالأصح للقانون الإدارى ، نظام يتميز أساساً بحماية قانونية استثنائية لا تتحقق بالنسبة للأموال الخاصة للدولة التى تخضع كأصل عام للقواعد التى تحكم أموال الأفراد أى للقانون الخاص ، إلا ما استثنى من بعض القواعد الاستثنائية .

لهذا سيكون محور اهتمامنا فى البحث هو الأموال العامة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى . وإن كنا سنشير أحياناً وفى بعض المواضع للأموال الخاصة ولكن بصفة عرضية وليس بصفة أساسية .

وسوف نقسم هذا الباب إلى الفصول الثلاثة التالية :

الفصل الأول : المفهوم القانونى للمال العام .

الفصل الثانى : الحماية القانونية للمال العام .

الفصل الثالث : حق الدولة وحقوق الأفراد على المال العام .

الفصل الأول

المفهوم القانونى للمـــال العام

ندرس تحت هذا العنوان موضوعات مختلفة ولـكن تتضافر كلها لتحديد نطاق مفهوم المال العام المملوك للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى . وهذه الموضوعات هى على التعاقب : —

معيار تميز الأموال العامة — صور تخصيص المال للمنفعة العامة — وحالات فقده للصفة العامة — ونعالج تلك الموضوعات فى مبحثين على التوالى : —

المبحث الأول

معيار تميز الأموال العامة

الأموال التى تمتلكها الدولة والأشخاص العامة الأخرى قد تكون — كما سبق البيان — أموالا عامة تخضع لنظام قانونى استثنائى ينتمى للقانون الإدارى، كما قد تكون أموالا خاصة تخضع كأصل عام لنظام الأموال الفردية فى القانون الخاص إلا مااستثنى بنصوص خاصة . فما هو إذن ذلك المعيار الذى يحدد الأموال العامة والذى يميزها عن غيرها من الأموال الخاصة ؟

هذا المعيار قد وضعه المشرع اليمنى بنصوص صريحة وردت فى القانون المدنى (أو قانون المعاملات الشرعى) حيث نصت المادة ١١٨ من هذا القانون على ما يلى :

« يقسم المال إلى قسمين عام وخاص . فالمال العام هو كل مال تملكه الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى ويكون مخصصاً للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار . . . » .

وبناء على هذا النص يمكن القول بأنه لـكى يتحقق للمال صفة المال العام لابد من توافر شرطين :

١ — أن يكون المال مملوكاً للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام الأخرى كوحدات الحكم المحلى والهيئات أو المؤسسات العامة . وهذا يستنتج من العبارة الأولى لنص المادة ١١٨ السابقة « . . . فالمال العام هو كل مال تملكه الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى . . . »

وبناء على هذا الشرط الأول، لا تعتبر أموالا عامة بأى حال تلك الأموال المملوكة لأشخاص القانون الخاص حتى ولو كانت مخصصة لمنفعة عامة : مثل أموال الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، ومثل طريق خاص مملوك لأحد أو بعض الأفراد ومفتوح لمرور المشاه والسيارات . كذلك تطبيقاً لهذا الشرط الأول لا تعتبر أموالا عامة تلك الأموال التى يشترك فى ملكيتها الأفراد مع الدولة مثل رأسمال شركات الاقتصاد المختلط . فالمال هنا ليس ملكاً خالصاً للدولة ومن ثم لا يعتبر بحال مالا عاماً .

٢ — أن يكون المال مخصصاً للمنفعة العامة . وتخصيص المال المملوك للدولة للمنفعة العامة يكون بأحد طريقين طبقاً للنص السابق للمادة ١١٨ من القانون المدنى : فالطريق الأول هو أن يتم تخصيص المال للمنفعة العامة «بالفعل أى بحكم الواقع وبدون حاجة لأى نص أو قرار ، مثل طريق يستعمله الجمهور منذ زمن طويل ومثل استعمال الجمهور لشواطئ البحر . والطريق الثانى لتخصيص المال للمنفعة العامة هو أن يتقرر هذا التخصيص بنص خاص . إما بمقتضى قانون أو قرار .

ولم تحدد المادة ١١٨ من القانون المدنى السلطة المختصة بإصدار قرار تخصيص المال للمنفعة العامة . وبناء على ذلك يجوز أن يتم التخصيص بقرار جمهورى أو قرار من رئيس مجلس الوزراء أو أيضاً قرار من الوزير المختص .

وتطبيقاً لهذا الشرط الثانى ، لا تعتبر أموالا عامة بل أموالا خاصة تلك الأموال المملوكة للدولة أو لغيرها من الأشخاص المعنوية العامة وذلك إذا كانت تلك الأموال غير مخصصة لمنفعة عامة .

وهكذا يتمثل معيار تمييز أو تحديد الأموال العامة فى شرط أن يكون

المال مملوكاً للدولة أو لأحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، وشرط أن يكون ذلك المال مخصصاً لمنفعة عامة إما بالفعل وإما بقانون أو بقرار جمهورى (قديماً كان يسمى مرسوم) أو بقرار من رئيس الوزراء أو بقرار من الوزير المختص ، فمتى تحقق هذان الشرطان يصبح المال عاماً . ولا يهم بعد ذلك أن يكون هذا المال عقاراً أو منقولا طالما أنه مخصص للمنفعة العامة على النحو السابق . كذلك لا يهم أن يكون المال موجوداً فى داخل البلاد كالمبانى الحكومية أو فى خارجها كمبانى السفارات والقنصليات إذا كانت مملوكة للدولة . كذلك قد يكون سطح الأرض مالا خاصاً للدولة لأنه غير مخصص للمنفعة العامة كأرض فضاء أو صحراوية ، ولكن يكون باطن هذه الأرض مالا عاماً كما لو اكتشف فيه آثاراً تاريخية .

كذلك لا يهم أن يكون المال قبل أن يكتسب الصفة العامة مملوكاً للدولة ملكية خاصة ، أم مملوكاً للأفراد واكتسبت الدولة ملكيته عن طريق نزع الملكية أى جبراً أو عن طريق الشراء أى بالتراضى . وقد يحدث أن تنزع الدولة ملكية عقار للمنفعة العامة ، ثم تعدل الدولة عن إقامة المشروع ذى النفع العام لعدم ملاءمة إقامته وينتهى المطاف بالعقار إلى أن يصبح مالا من الأموال الخاصة للدولة .

المبحث الثانى

صور تخصيص المال للمنفعة العامة وحالات فقده للصفة العامة

المقصود هنا معالجة أمرين : الأمر الأول صور تخصيص المال للمنفعة العامة ، ونحن لا نقصد بذلك أسلوب أو كيفية هذا التخصيص ، فقد سبق أن بينا فى شأن معيار المال العام أن هذا الأسلوب أو الكيفية هى إما أن يخصص المال للنفع العام بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من رئيس الوزراء أو قرار من الوزير المختص . نحن نقصد بصور التخصيص شيئاً آخر هو الصور أو الحالات العملية التى يظهر فيها هذا التخصيص للمنفعة. والأمر الآخر الذى سوف نبحثه أيضاً هو الفرض الآتى : أن المال وقد

خصص للمنفعة العامة وأصبح مالا عاماً ، قد يفقد صفته كمال عام ويتحول إلى مال خاص للدولة أى مملوك لها ملكية خاصة ، فالمقصود تحديد الحالات التى يتحقق فيها ذلك .

أولا : صور تخصيص المال للمنفعة العامة :

الأموال العامة هى تلك الأموال المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى والتى يتم تخصيصها للمنفعة العامة ، وذلك على النحو السابق بيانه . ومن الناحية العملية تلك المنفعة العامة التى تخصص لها الأموال العامة تأخذ صورتين : فقد تتمثل هذه المنفعة العامة فى كون المال مخصصاً لاستعمال الجمهور أى جمهور الأفراد ، كما قد تتمثل فى كون المال مخصصاً لمرفق من المرافق العامة . وبناء على ذلك يمكن تقسيم الأموال العامة إلى نوعين من الأموال : أموال مخصصة لاستعمال الجمهور ، وأموال مخصصة لمرفق عام . وذلك على النحو التالى :

(أ) التخصيص لاستعمال الجمهور :

والمقصود بذلك أن تضع الدولة المال تحت تصرف الجمهور لكى يستعمله مباشرة ولذاته . وليس بغرض الاستفادة من خدمات المرفق العام الذى قد يكون المال مرصوداً له . فصورة التخصيص هنا تتمثل فى أن المال ليس له غاية أخرى سوى أن يستعمله الجمهور بشكل مباشر ومن أمثلة تلك الأموال : المتنزهات العامة والطرق والشوارع والميادين وشواطئ البحر والأسواق العامة وأماكن وقوف السيارات .

والمال المخصص لاستعمال الجمهور قد يكون مفتوحاً لاستقبال الجمهور كله بنوعياته المختلفة كالمتنزهات والطرق العامة ، أو يكون مقصوراً على فئات منه مثل الساحات الشعبية لمزاولة الرياضة ومثل حدائق الأطفال وقد يكون هذا المال عقاراً مثل الطرق العامة والميادين ، كما قد يكون منقولا مثل الكتب فى المكتبات العامة . كذلك قد يكون استعمال الجمهور للمال استعمالا مشتركاً للكافة مثل الطرق والشوارع ، أو استعمالاً خاصاً استئثاريا

مثل المقاصف أو الأكشاك التى يقيمها الأفراد على أرصفة الطرق بمقتضى عقد مع الإدارة أو بترخيص منها ومثل الجبانات أيضاً . أخيراً قد يكون استعمال الجمهور للمال العام بمقابل كحديقة الحيوانات أو مجانياً مثل السير فى الشوارع أو التنزه فى الحدائق العامة .

(ب) التخصيص لمرفق عام :

وفى هذه الصورة يكون المال العام مخصصاً لخدمة وتسيير مرفق من المرافق العامة . مثل المطارات والموانئ والمبانى التى تشغلها الوزارات والمصالح والمستشفيات والجامعات والمدارس ، وكذلك المنقولات اللازمة للمرافق العامة مثل السيارات العامة والأساطيل والطائرات والقطارات اللازمة كلها لمرافق النقل التى تديرها الدولة أو الهيئات العامة ؛ ومثل الأجهزة الطبية فى المستشفيات العامة . وإذا كان الأفراد يستعملون هذه الأموال ، إلا أنهم لا يستهدفون تلك الأموال مباشرة ولذاتها وإنما يهدفون إلى الاستفادة من خدمات المرافق العامة الذى ترصد له هذه الأموال . فمثلا من يدخل ويتجول فى مبنى الوزارة أو المحافظة فهو لا يستهدف استعمال المبنى وإنما الاستفادة من خدمات المرافق العامة التى خصص لها هذا المبنى . كذلك من يدخل مستشفى فهو يقصد العلاج الطبى وليس مجرد استعمال مبنى المستشفى ، وأيضاً من يركب سيارة عامة أو قطاراً فهو يستهدف خدمة النقل وليس استعمال هذه المنقولات لذاتها .

ويلاحظ فى النهاية أن ذلك التقسيم للأموال المخصصة للمنفعة العامة إلى أموال مخصصة لاستعمال الجمهور وأموال مخصصة للمرافق العامة ، هو تقسيم ليس له أهمية قانونية فى مصر بل يعرضه الكتاب بهدف الإيضاح والشرح المدرسى ، ولكن من الناحية القانونية كلا النوعين من الأموال يعتبران أموالا عامة بحكم التخصيص للمنفعة العامة أياً ما كانت . أما فى فرنسا فلهذا التقسيم أهميته من الناحية القانونية وليس فقط الناحية المدرسية . فالقضاء الفرنسى إذا كان يعتبر كل مال مخصص لاستعمال الجمهور مالا عاماً فى كل الأحوال ، إلا أنه لا يعتبر كل مال مخصص لمرفق عام مالا عاماً فى كل

الأحوال وإنما يشترط لاعتباره كذلك أن يكون هذا المال قد تم إعداده إعداداً خاصاً لأجل استخدامه بواسطة المرفق العام . ولكن هذا التقييد لا وجود له فى مصر .

ثانياً : حالات فقد المال للصفة العامة :

تنص المادة ١١٩ من القانون المدنى اليمنى على أن « تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار أو بانتهاء الغرض الذى خصصت من أجله من المنافع العامة » .

ومن هذا النص نستنتج أن المال العام يفقد صفته العامة فى حالتين :

الحالة الأولى : هى أن ينتهى تخصيص المال للمنفعة العامة بالفعل ، مثل شارع أو طريق أصبح فيما بعد غير مطروق فلم يعد يستعمله الجمهور .

الحالة الثانية : هى أن ينتهى تخصيص المال للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من رئيس الوزراء أو قرارمن الوزير المختص .

أى أنه بوجه عام نظراً لأن المال يكون عاماً بتخصيصه للمنفعة العامة بأحد طريقين هما : إما نص فى قانون أو قرار وإما بالفعل ، فهو أيضاً يفقد صفته العامة إذا زاوله هذا التخصيص للمنفعة العامة وبأى من هذين الطريقين المشار إليهما .

ويلاحظ أن نص المادة ٨٨ السابقة يبدو وكأنه يضيف طريقاً ثالثاً لانتهاء التخصيص ، فالمشروع يضيف « أو بانتهاء الغرض الذى خصصت من أجله من المنافع العامة » . والواقع أن هذه العبارة تزيد ولا تضيف شيئاً جديداً لأن انتهاء غرض التخصيص منطقياً لن يتحقق إلا بأحد الطريقين السابقين وهما إما بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من رئيس الوزراء أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل . ولا يتصور انتهاء غرض تخصيص المال بطريق ثالث .

ويلاحظ أن المال العام قد يخصص للمنفعة العامة بالفعل ، ثم ينتهى هذا

التخصيص ليس بالفعل وإنما بأسلوب رسمى أى بمقتضى قانون أو قرار (جمهورى أو وزارى) والعكس بالعكس . أى لا يشترط أن ينتهى تخصيص المال للمنفعة العامة بذات الطريق الذى تم اتباعه ابتداء ومن قبل عندما خصص المال للمنفعة العامة .

ويلاحظ أيضاً أنه بالنسبة لانتهاء التخصيص بالفعل ، يجب أن يتأكد ذلك بوضوح طبقاً للواقع فقد قضت محكمة القضاء الإدارى المصرية (حكم بتاريخ ١١ / ١ / ١٩٧٠) بأن مجرد سكوت الإدارة عن عمل يقوم به الغير فى المال العام بدون موافقتها لا يكفى لاستظهار ولإثبات أن التخصيص للمنفعة العامة قد زال بهذا العمل .

وفى هذا المعنى أيضاً قضت محكمة النقض فى مصر (نقض مدنى بتاريخ ٧ / ٣ / ١٩٦٧) بأنه إذا كان من الجائز أن يفقد المال العام صفته العامةهذهبانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة بالفعل«إلا أنه يتعين أن يكون التجريد الفعلى من جانب الحكومة واضحاً كل الوضوح حتى لا يتعطل المال العام عن أداء الخدمة التى رصد لها . فلا ترفع الحصانة التى أسبغها القانون على الأموال العامة إلا بالنسبة لما يصبح منها فاقداً بالفعل لهذه الصفة فقداناً تاماً بطريقة مستمرة لا لبس فيها ولا انقطاع . فما يحمل على محمل التسامح أو الإهمال من جانب جهة الإدارة لا يصلح سنداً للقول بانهاء تخصيص المال للمنفعة العامة التى رصد لها وزوال صفة العمومية على هذا الأساس . « وكذلك قضت محكمة النقض بشأن الجبانات بأنه » لما كان الغرض الذى من أجله خصصت الجبانات للمنفعة العامة ليس مقصوراً على الدفن وحده ، بل يشمل أيضاً حفظ رفات الموتى ، ينبنى على ذلك أن الجبانات لا تفقد صفتها كمال عام بمجرد إبطال الدفن فيها وإنما بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة واندثار معالمها وآثارها كجبانة . ومن تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل فى عداد الأملاك الخاصة » [١] .

---

(١) راجع الدكتور عبد الفتاح حسن : مبادئ القانون الإدارى ١٩٧٩ ، ص ٣٠٧-٣٠٨ .

ويترتب على انتهاء تخصيص المال للمنفعة العامة أن يفقد المال العام صفته العامة ، ويصبح منذ هذا الوقت فى عداد الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للشخص المعنوى العام . ومن ثم ينتهى خضوع المال للنظام القانونى للأموال العامة . وما لها من حصانات استثنائية ، ويصبح خاضعاً لنظام الأموال الخاصة التى ينظمها فى الأصل القانون الخاص .

الفصل الثانى

الحماية القانونية للمال العام

تخضع الأموال العامة طبقاً للمعيار الفنى الذى ورد فى القانون المدنى بالمادة ١١٨ لنظام قانونى استثنائى ، يختلف عن النظام الذى تخضع له أموال الأفراد وتخضع له أيضاً كقاعدة عامة أموال الدولة الخاصة . ويتميز هذا النظام القانونى الاستثنائى بصفة أساسية بتقرير حصانة أو حماية قانونية استثنائية للأموال العامة ، نظراً لأن تلك الأموال تكون بحكم تعريفها مخصصة مباشرة للمنفعة العامة . ومن ثم تبدو تلك الحماية ضرورة لتحقيق أغراض المنفعة العامة التى خصص من أجلها المال .

وهذه الحماية القانونية ذات شقين : هناك أولا الحماية المدنية ، وهناك ثانياً الحماية الجنائية . وبعض مظاهر هذين النوعين من الحماية القانونية تمتد استثناء لتشمل أيضاً الأموال الخاصة المملوكة للدولة والأشخاص العامة لكن يبقى ذلك من قبيل الاستثناء على الأصل العام وهو خضوع هذه الأموال الخاصة لقواعد القانون الخاص مثل أموال الأفراد العاديين .

وفيما يلى نتكلم عن الحماية المدنية تاركين الحماية الجنائية للقانون الجنائى .

وتتمثل الحماية المدنية للأموال العامة فى خضوع هذه الأموال لعدد من القواعد الأساسية التى قررها القانون المدنى لتلك الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة وتهدف تلك القواعد إلى تأمين المال العام واضفاء حصانات عليه تكفل تحقيق الغرض العام الذى خصص المال لخدمته وتحقيقه . وهذه القواعد الأساسية قواعد ثلاث جاء النص عليها فى نفس المادة ١١٨ من القانون المدنى التى وضعت معيار المال العام . فقد نصت هذه المادة على ما يلى « ... وهذا المال لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ولا تملك الأشخاص له بأية وسيلة ... » ويقصد بهذه العبارة الأخيرة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم .

وقبل أن نشرح هذه القواعد الثلاث ، يجب أن نلاحظ أننا حينما تتكلم عن حماية مدنية للمال العام فإننا نقصد — وكذلك الفقهاء عموماً — تلك الحماية التى وردت فى القانون المدنى بقواعدها الثلاث ، وأيضاً يتكلم الفقه عن حماية مدنية لمقابلتها مع الحماية الجنائية . ولكن — وهذا هو الأمر الهام — تلك الحماية المسماة بالمدنية وإن كانت وردت فى القانون المدنى ، إلا أنها تتمثل فى قواعد تدخل بطبيعتها فى القانون الإدارى وبصفة أصلية لأن القواعد التى تكون عناصر تلك الحماية تمثل خروجاً صارخاً عن القواعد المدنية العادية والأصلية التى يخضع لها أموال الأفراد وأشخاص القانون الخاص . فتلك الحماية المدنية هى إذن — تماماً مثل تحديد معيار المال العام — هى مدنية بحكم موضعها الشكلى فقط لأنها وردت فى التقنين المدنى ، ولكنها قواعد تخاطب الإدارة وتعنى القانون الإدارى وحده نظراً لتميزها عن القواعد المدنية الموضوعية المطبقة على عموم الأفراد . فلا يجب أن نخلط بين موقع أو مكان القاعدة القانونية وبين « طبيعة » تلك القاعدة . فمعروف أن بعض قواعد القانون الإدارى قد جاء موقعها فى التقنين المدنى ولكنها إدارية بطبيعتها ولا تعنى الأشخاص الذى جاء القانون المدنى لتنظيم علاقتهم وهم الأفراد والهيئات الخاصة . وما يتعلق بالأموال العامة وعناصر أو قواعد حمايتها مثال على تلك القواعد المدنية بحكم موقعها الشكلى أو الرسمى ولكنها إدارية وتدخل فقط فى القانون الإدارى بحكم طبيعتها ومادتها وروحها وكمثال ثانى — وقد يكون الثانى والأخير بعض القواعد المتصلة بالأشخاص المعنوية العامة التى وردت أيضاً فى القانون المدنى والتى تهم القانون الإدارى وحده من الناحية الموضوعية .

ولنعالج الآن تلك القواعد الأساسية التى هى عناصر الحماية المدنية للأموال العامة ، وهى على التوالى : عدم جواز التصرف فى المال العام — عدم جواز تملك المال العام بالتقادم — وأخيراً عدم جواز الحجز على المال العـــام .

المبحث الأول

عدم جواز التصرف فى المال العـــام

من أبرز وأهم عناصر الحماية المدنية للأموال العامة قاعدة عدم جواز التصرف فى هذه الأموال وفيما يلى نعرض لخصائص تلك القاعدة الأساسية :-

١ - إن قاعدة عدم جواز التصرف فى المال تجد أساسها وتبريرها فى فكرة تخصيص المال العام للمنفعة العامة أياً ما كانت صورتها (مال مخصص لاستعمال الجمهور أو مال مخصص لمرفق عام) . وذلك أنه لو لم تتقرر هذه القاعدة لأمكن للإدارة أن تنقل ملكية المال العام للغير من الأفراد بمقابل أو بغير مقابل ، الأمر الذى يترتب عليه انتقال المال العام إلى ذمة المتصرف إليه المشترى أو الموهوب له مما يؤدى إلى إهدار المنفعة العامة التى خصص لها المال والتضحية بها .

لذلك قرر المشرع فى القانون المدنى (المادة ١١٨) قاعدة عدم جواز التصرف فى المال العام . فإذا أرادت الإدارة التصرف فيه ، فيجب أولا أن تقوم بتجريد المال العام من التخصيص للمنفعة العامة أى إنهاء هذا التخصص بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو بقرار من الوزير المختص ، فيفقد المال صفته كمال عام ويصبح مالا خاصاً مملوكاً للدولة قابلا للتصرف فيه . ويلاحظ أنه فى فرنسا لا يوجد نص خاص يقرر عدم جواز التصرف فى المال العام ولكن القاعدة مستقرة هناك فى الفقه والقضاء نظراً لضرورتها من أجل حماية الأموال العامة . أما فى مصر فهناك نصوص صريحة وردت أيضاً فى القانون المدنى .

٢ - قاعدة عدم جواز التصرف فى المال العام تنطبق على العقارات وعلى المنقولات أيضاً ، فليس هناك ما يبرر قصرها على العقارات وحدها . فطالما أن الأموال العامة تشمل العقارات والمنقولات ، فيجب أن تستفيد المنقولات أيضاً من الحماية التى تكفلها هذه القاعدة الأساسية طالما أن هذه

الأموال المنقولة مخصصة لمنفعة عامة . ونص القانون المدنى فى المادة ١١٨ نص عام لا يفرق بين عقار أو منقول .

ومن ثم لا يثور فى اليمن أو فى مصر ذلك النقاش الذى ثار فى الفقه الفرنسى بالنسبة لتطبيق قاعدة عدم جواز التصرف على الأشياء المنقولة . فبعض الفقهاء الفرنسيين يرى استبعاد تطبيق القاعدة على المنقولات المخصصة للمنفعة العامة إذا كانت تلك المنقولات يمكن استبدالها بمثلها والاستغناء عنها ؛ بحيث تطبق القاعدة فقط على المنقولات التى لا يمكن الاستعاضة عنها واستبدالها .

٣ — قاعدة عدم جواز التصرف تشمل التصرفات المدنية للأفراد وفقاً للقانون الخاص والتى يكون من شأنها المساس والإضرار بتخصيص المال للمنفعة العامة.ومن ثم لا يجوز بيع المال العام أو هبته أو الإيصاء به لأن تلك التصرفات تنقل ملكية المال العام إلى ذمة الأفراد . كذلك لا يجوز أيضاً تقرير حق عينى آخر غير حق الملكية على المال العام ، كحق انتفاع مثلا . كما لا يجوز أيضاً تأجير المال العام .

ولكن تستثنى حقوق الارتفاق فيجوز للإدارة تقريره على المال العام إن كان ذلك لا يتعارض مع المنفعة العامة التى خصص لها المال .

٤ — وإذا كانت قاعدة عدم جواز التصرف تنطبق — كما قلنا — على التصرفات المدنية الخاصة عموماً فإن القاعدة لا تنطبق على التصرفات التى تتم فى نطاق القانون العام ، لأن تلك التصرفات الإدارية فى نطاق القانون العام لا تمثل اعتداء على تخصيص المال للنفع العام مثل التصرفات المدنية وفقاً للقانون الخاص . وعلى سبيل المثال تجوز المبادلات التى تتم بين أشخاص القانون العام والتى يكون موضوعها مالا عاماً ، لأن تلك المبادلات لا تخرج المال إلى ذمة الأفراد أو لن تثقل المال العام بحق عينى لفرد ما ، فيجوز للمال العام أن ينتقل من الدولة إلى المحافظة أو إلى المدينة أو إلى هيئة عامة أو العكس . كذلك يجوز أن يستفيد الملتزم فى عقد التزام المرافق العامة بالمال

العام ، فيصبح هذا المال مرصوداً لخدمة المرفق العام موضوع الالتزام ، فنحن إذن فى نطاق التخصيص لمنفعة عامة وهذا المال العام سيعود للدولة مانحة الالتزام فى نهاية العقد المبرم مع الملتزم . وكذلك يجوز للإدارة أن ترخص لبعض الأفراد استعمال المال العام ، لأن الترخيص يجوز سحبه فى كل وقت إذا اقتضت المنفعة العامة ذلك ومن ثم فهو لا يمثل قيداً على المال العام .

٥ — ان قاعدة عدم جواز التصرف تتأسس على فكرة تخصيص المال العام للمنفعة العامة ، وقلنا مسبقاً أن الإدارة إذا أرادت التصرف فى هذا المال فيجب عليها إذن أن تقوم قبل التصرف بتجريد المال من صفته العامة وإنهاء التخصيص . ولكن فلنفترض أن الإدارة قامت بالتصرف فى المال تصرفاً مدنياً رغم استمرار التخصيص للمنفعة العامة ، فما هو جزاء مخالفتها لقاعدة عدم جواز التصرف فى المال العام ؟

الجزاء هو بلا شك وباتفاق الجميع هو بطلان التصرف . وهو الجزاء الطبيعى لمخالفة هذه القاعدة الجوهرية . ولكن ثار خلاف حول نوع هذا البطلان . هل هو بطلان نسبى أم بطلان مطلق متعلق بالنظام العام ؟ كثير من رجال الفقه دافع عن فكرة البطلان النسبى للتصرف وليس بطلانه بطلاناً مطلقاً ومعنى البطلان النسبى هنا هو أنه بطلان مقرر لمصلحة الإدارة المتصرفة وحدها . ومن ثم فهى وحدها الذى يمكن أن تطالب به أمام القضاء ، ولا يجوز للفرد المتصرف إليه أن يتمسك به للتحلل من التزاماته إزاء الإدارة نتيجة هذا التصرف المدنى ولكن تلتزم الإدارة بتعويض المتصرف إليه عن الأضرار التى تلحقه نتيجة رجوع الإدارة فى تصرفها عندما يحكم بالبطلان بناء على طلبها (١) .

والاتجاه الفقهى الآخر : يرى أن بطلان التصرف فى المال العام يجب أن يكون بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام وليس مجرد بطلان نسبى . وذلك لأن قاعدة عدم جواز التصرفات المدنية فى المال العام حكمتها ليست حماية

(١) من هذا الرأى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، الوجيز فى القانون الإدارى المرجع السابق ص ٥٥٣ .

مصلحة الإدارة ، وإنما حماية المال العام نفسه أو بمعنى أكثر تعمقاً هي لحماية المنفعة العامة التي خصص لها المال فقاعدة عدم جواز التصرف تبدو إذن في جوهرها قيداً على الإدارة لحماية المنفعة العامة المرصود لها المال . ويترتب على ذلك أن البطلان كجزاء على مخالفتها لا يمكن أن يكون نسبياً مقرر لمصلحة الإدارة ، بل هو بطلان مطلق لمصلحة النظام العام في الدولة الذي يتطلب حماية المنفعة العامة أو المصلحة العامة . ومن ثم لا يقصر طلب بطلان التصرف على الإدارة وحدها ، بل يجوز أن يطلبه كل شخص آخر ذي مصلحة بما في ذلك المتصرف إليه ليتحلل من التزاماته بناء على التصرف . وهذا الرأي الأخير يبدو هو الرأي الأصوب في رأينا ، وقد دافع عنه بحق زميلنا الدكتور ابراهيم شيحا [١] وقد أيدته أخيراً محكمة النقض المصرية . [٢] .

المبحث الثـانى

عدم جواز تملك المال العام بالتقادم

القاعدة الثانية المستقرة من أجل حماية المال العام هي عدم جواز تملكه بالتقادم المكسب أي بوضع اليد عن طريق الأفراد وهذه القاعدة المستقرة في فرنسا وفي البلاد الأخرى نص عليها القانون المدني اليمني في المادة ١١٨ ونتناول فيما يلي خصائص تلك القاعدة : —

١ — قاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم تستند إلى ذات الأساس الذي يبرر قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام . ذلك أن تخصيص المال للمنفعة العامة إذا كان يقتضي عدم جواز قيام الإدارة بالتصرف فيه وفقاً لأساليب القانون الخاص ، فإن هذا التخصيص يقتضي أيضاً ومن باب أولى ألا يسمح للأفراد بالتعدي على المال العام بوضع اليد واكتساب ملكيته بالتقادم ، لأن أثر التقادم في الوضع العادي في القانون الخاص هو انتقال

---

(١) الدكتور إبراهيم شيحا ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ — ١٥٤ .

(٢) راجع نقض مدني ، حكم بجلسة ٢٧ - ٤ - ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٨ ع ٢ ص ٨٧ .

الملكية لواضع اليد ، وهو أمر يتعارض مباشرة مع مصلحة المنفعة العامة المخصص لها المال .

٢ — فى الواقع أن قاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم تبدو من وجهة النظر العملية أى من حيث الواقع أكثر أهمية من قاعدة عدم جواز التصرف فى المال العام . فإذا كانت هذه القاعدة الأخيرة هى من الناحية النظرية أهم القواعد المقررة لحماية المال العام وأولها جميعاً ، إلا أنه يصعب أن نتصور من الناحية العملية أن تقوم جهة الإدارة ، المسئولية عن المصالح العامة فى الدولة ، بالتصرف فى المال العام تصرفاً مدنياً يهدد ويضحى بالمنفعة العامة التى خصص المال لخدمتها ولتحقيقها لذلك يبدو أكثر خطورة وأكثر شيوعاً من الناحية العملية أن يقوم الأفراد بالتعدى على المال العام بوضع اليد لتملكه بالمدة الطويلة . وهكذا تبدو قاعدة عدم جواز التملك بالتقادم ذات أهمية عملية أكبر من قاعدة عدم جواز التصرف .

٣ — يلحق بقاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم عدد من النتائج استقر عليها القضاء فى فرنسا ومصر ومن ذلك أنه ليس فقط لا يجوز اكتساب الملكية بالتقادم ، بل أيضاً لا يجوز اكتساب حق عينى آخر على المال العـــام عن طريق التقادم ، ولكن استثناء يجوز اكتساب حقوق الارتفاق ولكن بشرط هام مع ذلك هو ألا يتعارض حق الارتفاق مع الاستعمال الذى خصص له المال العام ، كذلك يترتب على قاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم عدم تطبيق قواعد الالتصاق على المال العام . ومن ثم لو تصورنا مثلا أن الدولة قد أقامت مبنى وخصصته لمنفعة عامة على أرض لا تملكها ، فلا يجوز للفرد مالك الأرض أن يستفيد بقواعد الالتصاق لكى يتملك هذا المبنى ، بل على العكس يجوز للإدارة أن تنزع ملكية الأرض لتنتقل إليها . والإدارة فى هذا المثال ملتزمة باتخاذ إجراءات نزع الملكية بما تتضمنه من تعويض المالك وفقاً للقانون ، إذ أن الملكية لا تنتقل للإدارة بأى حال عن طريق الغصب .

وأخيراً يترتب على قاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم أنه لا يجوز لأى فرد تملك منقول مخصص لمنفعة عامة عن طريق الحيازة ولو كان

هذا الفرد حسن النية . أى أن القاعدة المدنية القائلة بأن الحيازة فى المنقول سند الحائز لا تطبق على الأموال العامة المنقولة . وذلك لأن نفس الحكمة التى من أجلها تقررت قاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم تلك الحكمة تقتضى أيضاً عدم جواز تملك المنقول العام بناء على الحيازة ولو كان الحائز حسن النية . (١) .

٤ — بناء على قاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم ، إذا ما حدث أن وضع أحد الأفراد يده على مال عام مدة طويلة فهو لا يستطيع بحال أن يتمسك فى مواجهة الإدارة باكتساب أى حق بناء على هذا التقادم وتستطيع الإدارة فى كل وقت استرداد المال العام من المغتصب بالقوة الجبرية كذلك لا يستطيع هذا الفرد واضع اليد أن يتمسك بدعاوى الحيازة التى قررها القانون الخاص لحماية الحائز ، لأن حماية الحائز بتلك الدعاوى تنطبق فقط على العلاقات بين الأفراد وحدهم ولا تطبق على حيازة المال العام المخصص للمنفعة العامة ، لأن الحيازة هنا غير مشروعة وعدم مشروعيتها تتعلق بالنظام العام .

٥ — فى ظل الفكرة التقليدية ، قاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم تنطبق فقط على الأموال العامة نظراً لتخصيصها للمنفعة العامة ، ومن ثم فهى لا تنطبق على الأموال الخاصة أو المملوكة ملكية خاصة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى لأن تلك الأموال الخاصة هى بحكم تعريفها ليست مخصصة لمنفعة عامة وإنما يملكها الشخص العام كأى فرد عادى وطبقاً للقانون الخاص . والمال العام نفسه إذا فقد صفته العامة بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة ، يجوز نظرياً تملكه بالتقادم بعد زوال التخصيص لأنه بذلك أصبح مالا خاصاً وفقد صفته العامة .

وهذه الفكرة التقليدية المنطقية ما زالت سائدة فى فرنسا مثلا ، لأنه لا مبرر لمنع تملك المال الخاص للدولة والأشخاص العامة الأخرى طالما أنه لا تتحقق فى شأنه حكمة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم . فالمال الخاص ليس مخصصاً لمنفعة عامة بصورة مباشرة وبالتالى يجوز تملكه بالتقادم أو بوضع اليد.

(١) انظر الدكتور إبراهيم شيحا ، المرجع السابق ص ١٦٤ وما بعدها .

المبحث الثالث

عدم جواز الحجز على المـــال العام

قاعدة عدم جواز الحجز على المال العام هى القاعدة الثالثة التى تكون عنصراً هاماً من عناصر الحماية المدنية للأموال العامة وقد قررتها المادة ١١٨ من القانون المدنى مثل قاعدة عدم جواز التصرف فى المال العام وقاعدة عدم جواز تملكه بالتقادم . وفيما يلى الخصائص الأساسية لقاعدة عدم جواز الحجز على المال العام : —

١ — قاعدة عدم جواز الحجز على المال العام قاعدة ضرورية لحماية المال العام ، نظراً لأنه لو سمح بهذا الحجز فإنه سيؤدى إلى التنفيذ الجبرى على المال للوفاء بحقوق الدائن الحاجز وانتقال المال العام إلى ذمة المشترى فتتعطل وتهدد المنفعة العامة التى خصص لها المال العام . فحماية تلك المنفعة العامة هى باستمرار تلك الحكمة التى تسند قاعدة عدم جواز الحجز التى تؤسس أيضاً — كما رأينا — قاعدة عدم جواز التصرف على المال العام وعدم جواز تملكه بالتقادم . وعند التعمق نجد أن قاعدة عدم جواز الحجز على المال العام هى نتيجة للقاعدتين السابقتين : فإذا كانت قاعدة جواز التصرف تحمى المال العام ضد انتقال ملكيته للغير بالأسلوب الرضائى ، وقاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم تمنع انتقال ملكيته بطريق الغصب ووضع اليد من الغير فإنه يصبح لازماً بالتالى أن يمتنع الحجز والتنفيذ الجبرى طبقاً لقانون المرافعات على المال العام ، لأن الحجز وما يتبعه من تنفيذ جبرى يؤدى إلى ذات النتيجة الضارة السابقة وهى انتقال ملكية المال العام المخصص للمنفعة العامة إلى الغير (١) .

٢ — يترتب على قاعدة عدم جواز الحجز على المال العام نتيجة هامة ، هى أنه لا يجوز إنشاء أو ترتيب حقوق عينية تبعية على المال العام لضمان

---

(١) انظر الدكتور إبراهيم شيحا ، المرجع سالف الذكر ص ١٦٧ .
الدكتور العميد سليمان الطماوى ، المرجع السابق ص ٥٥٣ .

الديون التى تشغل ذمة الدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة . ومن ثم لا يجوز ترتيب رهن رسمى أو حيازى أو حق امتياز أو اختصاص على المال العام (وتلك هى الحقوق العينية التبعية) . وحكمة ذلك أن هذه الحقوق العينية التبعية تؤدى فى حالة عدم الوفاء بالدين إلى البيع الجبرى للمال واقتضاء صاحب الحق العينى التبعى حقه من ثمن المال بالأفضلية على غيرة من الدائنين العاديين ، ولما كانت تلك النتيجة تتمثل إذن فى إمكانية البيع الجبرى للمال المحمل بالحق العينى التبعى فلذلك يمتنع إنشاء وتقرير مثل تلك الحقوق على المال العام .

٣ — ان قاعدة عدم جواز الحجز على المال العام لا تنطبق على الأموال الخاصة المملوكة للدولة والأشخاص العامة الأخرى . ذلك أنه لا توجد نصوص قانونية صريحة تكفل عدم جواز الحجز على الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الإدارية الأخرى .

الفصل الثالث

حق الدولة وحقوق الأفراد على المال العام

الأموال العامة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى تتميز بأنها تلك الأموال المخصصة للمنفعة العامة ، وهو ما يميزها عن الأموال الخاصة للدولة وغيرها من الأشخاص العامة . فهذه الأموال الخاصة تتميز على العكس بأنها غير مخصصة لمنفعة عامة ومن ثم تمتلكها أشخاص القانون العام وتستغلها للربح والإيراد المالى مثل أى فرد عادى فى القانون الخاص .

وقد رأينا أن الأموال العامة نظراً لتخصيصها للمنفعة العامة تتمتع بنظام قانونى متميز واستثنائى يستهدف أساساً توفير حماية استثنائية للمال العام أو بالأحرى للمنفعة العامة التى يخصص لها المال العام . وإذا كان المشرع فى بعض الدول الأخرى كمصر قد مد بعض صور الحماية المقررة هذه إلى الأموال الخاصة للدولة وذلك فيما يتعلق بعدم جواز تملكها بالتقادم وفى الحماية الجنائية ، إلا أن الأموال العامة تبقى متميزة من حيث عدم جواز التصرف فيها ومن حيث عدم جواز الحجز عليها وهو مالا يتحقق بالنسبة للأموال الخاصة ، كذلك هناك بعض مظاهر استثنائية للحماية الجنائية وردت فى تشريعات متفرقة ما زالت تتميز بها الأموال العامة عن الأموال الخاصة . وبالإضافة إلى تلك الحماية الاستثنائية المميزة للأموال العامة ، يتميز أيضاً النظام القانونى لهذه الأموال بخضوع منازعاتها للقضاء الإدارى أى لمجلس الدولة بينما المنازعات المتعلقة بالأموال الخاصة للدولة وغيرها من الأشخاص العامة تخضع لاختصاص محاكم القضاء العادى ، نظراً لأن الدولة والأشخاص العامة الأخرى تمتلك هذه الأموال وتتصرف فيها بغرض الاستغلال المالى العادى مثل الأفراد سواء بسواء

لذلك ثار التساؤل فى الفقه عن طبيعة حق الدولة (والأشخاص العامة الأخرى) على المال العام : هل يمكن القول بأن الدولة تتمتع بحق ملكية عادية على الأموال العامة تماماً مثل مركزها إزاء اموالها الخاصة ؟ أم أن حق

الدولة على هذه الأموال العامة هي طبيعة مغايرة ومختلفة بالنظر لتميز واختلاف طبيعة المال العام عن المال الخاص ؟

كذلك تثور مسألة أخرى : هي مدى حقوق الأفراد على الأموال العامة بالذات إذا كان للأفراد أن يستغلوا ويستفيدوا من المال العام، فما هو مدى هذا الاستعمال وحدوده ؟ ثم ما هي صور هذا الاستعمال ؟

وسنبحث هاتين المسألتين في مبحثين متتاليين :

المبحث الأول : طبيعة حق الدولة والأشخاص العامة الأخرى على المال العام .

المبحث الثاني : استعمال الأفراد للمال العام .

المبحث الأول

طبيعة حق الدولة والأشخاص العامة الأخرى على المال العـــام

في الواقع أن حق الدولة وغيرها من الأشخاص العامة على الأموال الخاصة التابعة لها لم يثر أي خلاف في الفقه ، فهو حق ملكية عادية مثل أي حق ملكية لفرد من الأفراد العاديين . ولكن الخلاف قد ثار بالنسبة لحق الدولة والأشخاص الإدارية على الأموال العامة . وقد استغرق النقاش زمناً طويلا بين الفقهاء قبل أن يستقر الرأي بينهم في النهاية كما سنرى . ودواعي الخلاف والنقاش حول طبيعة هذا الحق على الأموال العامة هي أن تلك الأموال تتميز بأنها مخصصة للمنفعة العامة ، الأمر الذي يرتب نتائج معينة من أهمها القيود التي ترد على الدولة أو الشخص الإداري في التصرف في المال العام لأن القاعدة كما نعرف هي عدم جواز التصرف في الأموال العامة .

وفي بداية الأمر كان الفقه التقليدي في الماضي يتجه عموماً لإنكار حق الملكية للدولة وغيرها من الأشخاص العامة على المال العام ، وكان يرى أن حقها على هذا المال لا يتعدى حق الإشراف والرقابة . ولكن في مرحلة لاحقه بدأ الفقه المعاصر يهجر هذا الرأي القديم وأصبح يستقر على أن حق

الدولة وغيرها من الأشخاص الإدارية هو حق ملكية وإن بقى خلاف آخر عن طبيعة تلك الملكية وعما إذا كانت مماثلة أو مختلفة عن حق الملكية المقرر فى القانون الخاص . وسوف نعالج دون أن ندخل فى التفصيلات إلى المواقف الفقهية فى هذا الشأن :

أولا : الاتجاه الفقهى القديم : حق الدولة على المال العام هو حق إشراف ورقابة :

وقد ساد هذا الإتجاه خلال القرن التاسع عشر . فهو يرفض تكييف حق الدولة وغيرها من الأشخاص العامة على المال العام بأنه حق ملكية ؛ فهو بإيجاز يرفض مبدأ الملكية على الأموال العامة . ويرى هذا الإتجاه أن حق الأشخاص الإدارية على المال العام هو مجرد حق إشراف ورقابة .

ويتأسس هذا الرأى فى إنكاره لحق الملكية على المال العام إلى أن طبيعة حق الملكية تتنافى مع طبيعة المال العام . فحق الملكية هو حق استئثارى بمعنى أنه يعطى لصاحبه على نحو منفرد وبدون مزاحمة من الغير حق استعمال الشىء واستغلاله والتصرف فيه بالطريقة التى يريدها المالك . أما الأموال العامة فليس للدولة عليها هذه الحقوق الاستئثارية : فهى لا تنفرد باستعمال المال العام وإنما يشترك معها الأفراد فى استعماله ، كما أن المال العام باعتباره مخصصاً لمنفعة عامة فهو لا يستهدف الاستغلال المالى ، وأخيراً المال العام غير قابل للتصرف فيه بطبيعته مادام لم يتجرد من التخصيص للمنفعة العامة .

ثانياً : الإتجاه الفقهى المعاصر : حق الدولة على المال العام هو حق ملكية :

وهذا هو الإتجاه الذى ساد فى الفقه المعاصر أو الحديث . ويستند هذا الإتجاه السائد الذى يدافع عن فكرة حق الملكية على المال العام إلى الحجج التالية : —

١ — أن حق الملكية تغير مفهومه التقليدى ، فلم يعد حقاً استئثارياً مطلقاً وإنما أصبح مقيداً بقيود ومبادىء تشريعية جعلت للملكية وظيفة اجتماعية .. فالمشرع فى القانون المدنى الحالى يمنع المالك وصاحب كل حق

من التعسف في استعمال حقه ، كما أنه — أى المشرع — يرجح المصلحة العامة ومبادىء العدالة الاجتماعية على صاحب حق الملكية إذا ما تعارض حقه مع تلك المصلحة أو هذه المبادىء . ومن ثم إذا سلمنا الآن أن حق الملكية فى جوهره أصبح حقاً مقيداً على هذا النحو ، فإن القيود التى فرضها المشرع لأجل حماية المال العام المخصص للمنفعة العامة لم تعد تمنع إعتبار حق الشخص العام على المال العام حق ملكية .

٢ — ومن ناحية ثانية العناصر الثلاثة الأساسية لحق الملكية ، وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، تتوافر كلها فى الواقع بالنسبة لعلاقة الدولة والأشخاص الإدارية بالمال العام . فنى شأن حق الاستعمال الدولة تمارسه فعلا فى حالة الأموال المخصصة للمرافق العامة ، وإذا كان بعض مفردات المال العام مخصصة لاستعمال الجمهور فليس ما يمنع أى مالك فرد من ترك مال له لكى يستعمله الغير . وبالنسبة للاستغلال ، إذا كان المال العام لا يستهدف الاستغلال المالى كفاية فى ذاته ، إلا أنه ليس غير قابل للاستغلال إذا كان ذلك لا يتعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة المرصود لها . ومثال ذلك الرسوم المختلفة التى تحصلها الدولة من الأفراد عند استعمالهم للمال العام . وأخيراً إذا كان المال العام غير قابل للتصرف . فإن سبب ذلك هو تخصيصه للنفع العام ، ولكن يجوز للإدارة أن تجرده من هذا التخصيص فيصبح مالا خاصاً يقبل كافة التصرفات المدنية .

٣ — إذا كان حق الدولة على المال العام ليس حق ملكية — كما نادى الفقه التقليدى — فمن هو مالكه إذن فى نطاق المجتمع ؟ ثم إن القاعدة العامة هى أن المال الذى لا مالك له يكون مالا مباحاً لكل شخص حق حوزته والاستيلاء عليه ، وهو لا يمكن القول به بالنسبة للمال العام . إذن لا مناص من القول من أن الدولة أو غيرها من الأشخاص الإدارية تمتلك المال العام أى أن حقها على هذا المال هو حق ملكية بالمعنى الحقيقى للكلمة .

وإذا كان الفقه الحديث يتفق إذن على أن حق الدولة والأشخاص العامة على المال العام هو حق ملكية إلا أنه قد ثار خلاف فرعى أو ثانوى فى نطاق

هذا الفقه حول نوعية تلك الملكية . وبمعنى آخر ثار التساؤل عما إذا كان حق الملكية المقرر الآن للدولة على المال العام ، هل هو مماثل فى طبيعته تماماً لحق الملكية للأفراد فى القانون الخاص أم أنه حق ملكية من طبيعة متميزة ؟

وقد ظهرت فى هذا الشأن آراء ثلاثة على الوجه التالى : —

١ — فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن ملكية الدولة (أو الأشخاص العامة الأخرى) للمال العام هى « ملكية إجتماعية » تترك للغير حق الإنتفاع به مع احتفاظ الدولة بملكيته أى بملكية « الرقبة » ، وهذا يختلف عن حق الملكية الفردية فى القانون الخاص حيث إن المالك ينتفع وحده بما يملك . ولكن يعاب على هذا الرأى أن تلك التفرقة إذا صحت بالنسبة للأموال العامة المخصصة لاستعمال الجمهور كالطرق والحدائق ، إلا أنها لا تصح بالنسبة للأموال العامة التى تخصص للمرافق العامة حيث إن الانتفاع الأصلى بها يكون للدولة التى تدير المرفق ولا ينتفع بها الجمهور لذاتها ومباشرة .

٢ — واتجه رأى آخر إلى أن حق الدولة على المال العام هو حق ملكية مثقل أو محمل بحق ارتفاق مقرر أما لمصلحة الدولة نفسها وذلك بالنسبة للأموال المخصصة للمرافق العامة ؛ وأما لمصلحة الأفراد وذلك بالنسبة للأموال المخصصة لاستعمال جمهور الأفراد .

وهذا الارتفاق هو الذى يفسر استبعاد بعض قواعد القانون الخاص وتطبيق قواعد القانون الإدارى على المال العام .

ولكن يعيب هذا الرأى مخالفته لمبادىء المنطق والقانون حينما يدعى بالنسبة للأموال المخصصة للمرافق العامة أن الدولة المالكة لهذه الأموال يتقرر لها حق ارتفاق على نفس هذه الأموال المملوكة لها . فكيف يمكن أن نتصور أن الشخص مالك الشيء يكون له حق ارتفاق على ذات الشيء الذى يملكه ؟

٣ — وأخيراً الرأى الراجح الذى تنحاز له أغلبية الفقه الحديث الآن يذهب إلى أن حق الدولة (أو غيرها من الأشخاص العامة) على المال العام هو حق ملكية فى جوهره . ولكن نظراً لأن المال العام بحكم تعريفه هو المال

المخصص للمنفعة العامة ، فإن ذلك يؤدى إلى تعطيل بعض آثار الملكية الخاصة الفردية فى الحدود التى تتعارض فيها هذه الآثار مع التخصيص للمنفعة العامة . أى أن حق الدولة على المال العام هو حق ملكية مقيد بقيد التخصيص للمنفعة العامة ، أو كما يقال بإيجاز هو حق « ملكية إدارية » . وواضح أن هذا هو الرأى الأصوب الذى يتفق مع حقيقة الواقع .

المبحث الثانى

استعمال الأفراد للمال العام

للأفراد فى الأصل حق استعمال المال العام ، ولكن هذا الاستعمال مقيد بالمنفعة العامة التى خصص لها المال العام . فكما أن حق الملكية المقرر للدولة على الأموال العامه يتقيد بتخصيص المال للمنفعة العامة فيمتنع عليها مثلا أن تقوم بتصرفات مدنية تعطل أو تضر بهذا التخصيص ، كذلك الأفراد يتقيد استعمالهم بنفس هذا القيد وهو ألا يكون مسموحاً لهم بأى استعمال يتعارض مع هذا التخصيص للمنفعة العامة .

تلك هى الفكرة العامة . ولكن يحتاج الأمر إلى قدر من التفصيل ، إذ يجب أن نفرق ونميز فى شأن استعمال الأفراد للأموال العامة بين المال المخصص لمرفق عام وبين المال المخصص لاستعمال الجمهور (وقد سبق أن رأينا فى الفصل الأول أن هاتين الحالتين تمثلان الصورتين الأساسيتين للتخصيص للمنفعة العامة) : —

المطلب الأول

المال المخصص لمرفق عام

الأصل العام أن المال العام المخصص لمرفق من المرافق العامة يكون استعماله لصالح المرفق نفسه الذى رصد له المال ، ومن ثم لا يكون للأفراد حق استعمال هذا المال لذاته وبطريقة مباشرة . فإن كان ثمة استعمال من جانب الجمهور للمال المخصص لمرفق عام ، فهو لا يمكن أن يكون مباشراً بل بطريقة غير مباشرة أى باعتباره وسيلة للاستفادة من الخدمة العامة التى

يؤديها المرفق العام . ذلك هو الأصل العام ، ولكن هناك حالات أخرى فأحياناً يكون استعمال الجمهور للمال المخصص للمرفق العام ممنوعاً ومحرماً حتى ولو بطريقة عرضية غير مباشرة ، وفى أحيان أخرى هناك قيود قانونية أو لائحية لهذا الاستعمال غير المباشر . ولنعرض لهذه الحالات جميعاً : —

١ — فى بعض الحالات قد يقتضى نوعية المرفق العام المخصص له المال تحريم ومنع الأفراد كلية من استعمال هذا المال العام أو حتى الدخول فيه وارتياده ، بل قد يرتكب الفرد جريمة إذا فعل ذلك أو حتى حاوله . وأمثلة تلك الحالات القواعد والثكنات العسكرية والقلاع والحصون اللازمة كلها لمرفق الدفاع القومى . فهذه الأماكن العسكرية يحظر على جمهور الأفراد دخولها بل حتى الإقتراب منها أحياناً حماية للأمن القومى . فقط على سبيل الاستثناء قد يكون دخول بعض وحداتها ومفرداتها ممكناً لبعض الأفراد ولكن بتصريح خاص .

٢ — وفى أحيان أخرى قد يكون دخول وارتياد المال العام مسموحاً به وليس ممنوعاً . ولكن مع احترام ضوابط وقيود معينة تجب مراعاتها . مثال ذلك مبنى لوزارة من الوزارات يكون مسموحاً لأفراد الجمهور بدخوله لإنجاز مصالحهم . بشرط أن يحترم الأفراد أيام وساعات معينة لدخول المبنى وبشرط عدم الإخلال بسير العمل .

٣ — ولكن الأصل العام أو القاعدة العامة بالنسبة لمعظم المرافق العامة ، أنه من حق الجمهور استعمال المال العام المخصص للمرفق وللافراد حق دخوله وارتياده وفى كل وقت أثناء ساعات العمل اليومى للمرفق . إلا أنه يجب أن يكون مفهوماً أن هذا الاستعمال يجب ألا يضر بتخصيص المال أساساً لمصلحة المرفق ، ومن ثم يجب أن يحترم الأفراد المنتفعون بالمرفق عدداً من الشروط اللائحية التى تكفل عدم الإضرار بتخصيص المال . وذلك لأن استعمال الأفراد المال المخصص لمرفق عام لا يكون مقصوداً كفاية فى ذاته . وتتكفل الشروط اللائحية للمرفق بوضع الضوابط التى تكفل احترام وحماية تخصيص المال لاستعمال المرفق .

وكأمثلة على ذلك الوضع الغالب ، استعمال الأفراد لمرافق النقل بأنواعه سواء النقل بالسكك الحديدية أو النقل بالسيارات أو بالسفن الحكومية والطائرات ، وكذلك استعمال الأفراد لمباني المطارات والموانى البحرية والنهرية . فالموانى مثلا مخصصة لخدمة مرفق النقل البحرى أو النهرى ، ومن ثم يكون استعمال الجمهور لها فقط فى الحدود اللازمة لقضاء مصالحهم والإفادة بهذا المرفق العام ، وليس للجمهور أن يتعدى ذلك لاستعمال الموانى كفاية فى ذاتها كالاستحمام فى مياهها أو التنزه فيها . نفس الشىء بالنسبة لمبانى المطارات ومحطات السكك الحديدية والقطارات والسفن والطائرات .

المطلب الثـانى

المال المخصص لاستعمال الجمهور

إن الأموال العامة المخصصة لاستعمال الجمهور هى بحكم هذا التخصيص موجهة بذاتها ومباشرة لاستعمال الأفراد كفاية فى ذاته ، وذلك على خلاف الأموال المخصصة للمرافق العامة . فالمنفعة العامة المخصص لها المال العام تتمثل هنا فى أن هذا المال أعد أصلا بطبيعة أو عن طريق الدولة لاستعمال جمهور الناس وللاستفادة منه بطريقة حالة ومباشرة .

وبالنظر لطبيعة تخصيص المال لاستعمال الجمهور ، فإن الأصل العام لهذا الاستعمال أن يكون عاماً ومشتركاً لعموم الأفراد على قدم المساواة وبحرية كاملة أو بأقل قيود ممكنة . ولكن إذا كان الأصل العام هو الاستعمال العام المشترك على هذا النحو ، إلا أنه توجد صورة أخرى لاستعمال الأفراد ذات طابع استثنائى وتستلزمها الحياة المدنية المعاصرة وهى صورة الاستعمال الخاص لأفراد معينين أو لبعض الأفراد . ومن ثم يجب أن نتعرض للصورة الغالبة وهى الاستعمال العام المشترك ، ثم للصورة الأخرى التى يمكن أن نصفها بأنها استثنائية وهى الاستعمال الخاص .

أولا : الاستعمال العام المشترك

هو استعمال المال العام فى الغرض الذى خصص من أجله بواسطة عموم الأفراد وعلى قدم المساواة بينهم ، دون أى استئثار من فئة معينة من فئات الجمهور . ولهذا فالاستعمال عام ومشترك بين كافة فئات الجمهور دون أى تمييز . ومثال ذلك السير فى الطرق والشوارع وفى الأسواق ، والتنزه فى الحدائق العامة واستعمال شواطىء البحر .

ويرتبط الاستعمال العام المشترك للمال العام المخصص لاستعمال الجمهور بفكرة المساواة كما رأينا . ولكن يرتبط أيضاً وقبل ذلك بفكرة الحرية . ذلك أن هذا الاستعمال المشترك للمال العام يعتبر فى نفس الوقت ممارسة للحريات العامة . ومن ثم يخضع الاستعمال العام المشترك لقاعدتى الحرية والمساواة على الوجه التالى : —

١ — الحرية فى استعمال المال العام : الاستعمال المشترك للمال العام يتضمن فى ذاته ممارسة لحرية من الحريات الدستورية العامة فهذا الاستعمال المشترك فى الغرض المخصص له المال يرتبط بحرية التنقل التى نص عليها الدستور ، وأحياناً يرتبط أيضاً بحرية وممارسة العقيدة بالنسبة لنوع من الأموال العامة وهو دور العبادة .

وبناء على ارتباط الاستعمال المشترك بالحريات العامة ، فإنه لا يجوز فى الأصل منع هذا الاستعمال أو تقييده على نحو يعوقه ويجعله متعذراً كاشتراط إذن سابق أو ترخيص من الإدارة . ولكن تلك الحرية فى استعمال المال العام تجد بعض القيود المرتبطة بسلطة الإدارة فى الضبط الإدارى أو « الانضباط ». فللإدارة أن تنظم استعمال المال العام المشترك بمقتضى لوائح تستهدف المحافظة على النظام العام بمشتملاته الثلاثة ، وهى الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة . ومن ثم للإدارة أن تصدر لوائح ضبط أو بوليس لتلزم الأفراد بالسير على الأرصفة وبعبور الطرق والشوارع فقط فى الأماكن المحددة لهذا العبور . كذلك قد تتضمن تلك اللوائح جعل المرور فى بعض

الشوارع فى إتجاه واحد ، أو أن تتطلب سبق الحصول على ترخيص بالنسبة لسائق السيارات العامة والخاصة لضمان أهليتهم الجسمية والفنية لحماية المارة والعابرين من الجمهور .

تلك القيود ممكنة طالما أنها تستهدف الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة ، ولكن أية قيود أخرى غيرها تستهدف أغراضاً أخرى تكون غير مشروعة لتعارضها مع الحريات العامة التى يرتبط بها الاستعمال المشترك للمال العام وحتى فى نطاق القيود المتعلقة بالنظام يجب أن تكون بالقدر الضرورى وعدم المغالاة فيها لأن تلك القيود تبقى دائماً استثناء على الأصل العام وهو حرية الاستعمال للجمهور ..

٢ ــ المساواة فى استعمال المال العام : المساواة بين الجمهور فى إستعمال المال العام ما هى إلا تطبيق للمبدأ الدستورى العام الذى يقضى بمساواة الأفراد أمام القانون . والمساواة فى استعمال المال العام تأتى كنتيجة حتمية لفكرة الاستعمال العام والمشترك للمال العام . فإذا كان الاستعمال عاماً ومشتركاً فهذا يتطلب تحقيق المساواة بين الجمهور وعدم التمييز والتفرقة . وإلا كان هذا التمييز مخالفاً للمبدأ الدستورى الذى ينص على المساواة بين الأفراد .

ومن ثم تطبيق المساواة يقتضى السماح لجميع الأفراد دون تفرقة فى استعمال الأموال المخصصة لاستعمال الجمهور ، كالطرق والحدائق العامة وشواطىء البحار والغابات والجبال وأماكن وقوف السيارات ودور العبادة .

كذلك تطبيق المساواة يقتضى أيضاً أنه فى شأن القيود التى ترد على حرية استعمال المال العام لدواعى النظام العام ، يقتضى فى شأن تلك القيود أن يتم تطبيقها بطريقة واحدة وعلى الجميع بنفس القدر وبدون تمييز .

ولكن تلك المساواة ليست مطلقة دائماً ، تماماً مثل المبدأ الدستورى العام فى المساواة أمام القانون فالمساواة كما استقر قضاء مجلس الدولة فى فرنسا ومصر هى مساواة نسبية أى بين جميع أفراد الطائفة أو الفئة الواحدة

المماثلة الظروف والمراكز القانونية . ومن ثم ليس ما يمنع من أن تتميز بعض فئات الجمهور بوضع يختلف عن باقى فئات الجمهور لاعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة . كأن تخصص الدولة بعض الحدائق العامة للعائلات أو للأطفال أو أن تخصص بعض الأماكن للمعوقين . أو مثلا إذا تقاضت الإدارة بعض الرسوم بغرض صيانة بعض الطرق الكبرى . فيجب تمييز من يقطنون بالقرب من هذه الطرق بأن يعفوا من هذه الرسوم من باب العدالة . وقد يكون التمييز سلبياً بالمنع وليس دائماً إيجابياً بالمزايا ، كأن تمنع الإدارة بعض المركبات أو الشاحنات من المرور فى بعض المناطق أو الشوارع .

هذا التمييز مشروع طالما أنه يستند إلى أساس قانونى عادل ومشروع . وطالما أنه موضوعى ينطبق بصورة عامة على عموم الفئة أو الطائفة من الأفراد المتحدة فى المركز القانونى والمتماثلة فى الظروف لأن المساواة نسبية فى فكرتها الأصلية . ويلاحظ أن الفقه والقضاء عادة ينظر للمساواة بمعناها النسبى هذا بأنها تعنى عدم التفرقة والتمييز بين أفراد الفئة الواحدة المتماثلة فى الظروف ولكن لا يكفى ذلك فى نظرنا ، إذ يجب أن يضاف إلى ذلك وقبل ذلك أن يكون أساس تميز تلك الفئة أو الطائفة يستند إلى معيار أو ضابط مشروع وعادل . فمنطق القانون وأساسه العدالة يقتضى أن نعرف لماذا أصلا تميزت تلك الفئة أو الطائفة قبل أن نتحقق من عدم التمييز أو عدم التفرقة بين أفراد هذه الفئة أو الطائفة .

ثانيا : الاستعمال الخاص

الأصل العام كما قلنا فى شأن الأموال العامة المخصصة لاستعمال الجمهور أنها تخضع لمبدأ الاستعمال العام المشترك القائم على فكرة المساواة وفكرة الحرية . ولكن من قبيل الاستثناء تتطلب الحياة المدنية المعاصرة وفى كل دولة أن يوجد أيضاً بجوار الاستعمال المشترك استعمالا خاصاً بفرد معين أو أفراد معينين . وتسمح الدولة بالاستعمال الخاص رغم ما يتضمنه من استثناء أو تمييز فرد أو فراد معينين عن عموم الأفراد ، لاعتبارات

اقتصادية أو اجتماعية مختلفة تحقق المصلحة العامة أو على الأقل لا تتعارض معها .

والاستعمال الخاص للمال العام على نحو استئثارى أو منفرد قد يكون استعمالا عادياً مرتبطاً ومكملا للغرض الأساسى الذى خصص له المال العام وأحياناً قد يكون الاستعمال الخاص غير عادى بمعنى أنه مغاير ومختلف عن الغرض الأساسى الذى من أجله تم تخصيص المال العام . والغالب أن يكون الاستعمال الخاص العادى مستنداً إلى عقد أو اتفاق بين الإدارة والفرد صاحب الشأن . يكفل للفرد المتعاقد استقراراً أكثر فى استعماله كقاعدة عامة طالما أنه يحترم شروط العقد والقوانين واللوائح . كذلك من ناحية مقابلة ، الغالب أن يكون الاستعمال الخاص غير العادى مستنداً إلى ترخيص من الإدارة يتسم عادة بالتأقيت ويقوم على فكرة التسامح وقابل للإلغاء فى أى وقت . ومن ثم يبدو مركز الفرد صاحب الشأن أقل استقراراً عن الحالة السابقة . حيث يقوم الاستعمال على أساس التعاقد . والاختلاف بين الحالتين يجد أساسه فى أن الاستعمال غير العادى للمال العام فى غير الغرض المخصص له أصلا يجب أن يحاط بقيود أكثر حماية لتخصيص المال العام لغرضه الأصلى .

غير أن ، سواء أكان الاستعمال الخاص للمال العام عادياً متفقاً مع غرض التخصيص أم غير عادى مخالفاً ومغايراً له ، فى كل الحالات يجب إلا يحول الاستعمال الخاص بأى شكل دون تحقيق الغرض أو الغاية الأساسية لتخصيص المال العام . أى أنه طالما أن المال المعنى هنا هو مال عام مخصص أصلا لاستعمال الجمهور أى الاستعمال المشترك ، فيجب إذن ألا يتعارض الاستعمال الخاص مع هذا الاستعمال المشترك أو ألا يعوقه بشكل جدى .

ومن أمثلة الاستعمال الخاص العادى للمال العام : تخصيص أماكن ومواقف معينة فى الطريق العام للسيارات العامة لهيئة النقل أو لسيارات

الأجرة ، أو تخصيص مراسى خاصة لمراكب خاصة على شواطىء النيل أو شواطىء البحر ، وأيضاً السماح لشخص بإقامة كازينو على بقعة من شاطىء البحر ، وكمثال أخير نذكر حالة تخصيص جزء من السوق العام لكل تاجر .

كذلك من أهم أمثلة الاستعمال الخاص غير العادى : الترخيص الذى تعطيه الإدارة لبعض المقاهى أوالمطاعم لشغل الرصيف المجاور بالكراسى والمناضد المعدة للزبائن ، أو الترخيص لفرد من الأفراد باستعمال بوفيه لبيع السندوتشات والمرطبات والسجائر فى حديقة عامة أو محطة من محطات السكك الحديدية ، أو أخيراً الترخيص لفرد بإنشاء استغلال كشك فى الطريق العام لبيع الجرائد والمجلات وهو أمر مألوف فى فرنسا على سبيل المثال

وكما سبق البيان الاستعمال الخاص بنوعيه للمال العام قد يستند إلى ترخيص أو إلى عقد مع الإدارة . ولنعطى فكرة عن كل من الصورتين : —

١ — **الاستعمال الخاص فى صورة ترخيص :** وهو غالباً ما يكون بالنسبة للاستعمال غير العادى أى الاستعمال المغاير أو الذى يختلف عن الغرض الأساسى المخصص له المال العام ، فهذا هو الأصل العام . والترخيص هو قرار إدارى يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة — كأى قرار إدارى — بسلطتها التقديرية فى منحة أو رفضه . ولكن كأى سلطة تقديرية يجب ألا تنحرف الإدارة فى رفضها للترخيص عن غاية الصالح العام التى تتمثل أساساً فى حماية المال العام ، إلا كان قرار الرفض معيباً بعيب إساءة استعمال السلطة أو الإنحراف بها .

والترخيص بطبيعته مؤقت فهو لا يكسب الفرد المستفيد منه حقاً مكتسباً فى استمرار استعماله الخاص الاستئثارى للمال العام . فهو معرض للإلغاء فى أى وقت بقرار إدارى آخر أما لأن المرخص له قد خالف شروط الترخيص أو الشروط والقيود الواردة فى القوانين واللوائح . وأما لإنتهاء مدته لو كان موقوتاً بمدة معينة ، وإما أن تلغيه الإدارة لأى اعتبار متعلق بالصالح العام أى لإعتبارات الملاءمة . والإدارة فى إلغائها للترخيص لا تلتزم أصلا بذكر أسباب هذا الإلغاء . وكما نرى مركز الفرد فى إستعماله الخاص بناء على

الترخيص هو مركز مؤقت لا يتميز بالاستقرار ، وعلة ذلك أن الاستعمال غير العادى للمال العام يقوم على أساس فكرة التسامح من جانب الإدارة وعلى أساس سلطتها التقديرية الواسعة لأن هذا الاستعمال بطبيعته لا يتفق أصلا مع غرض تخصيص المال .

والترخيص بالاستعمال الخاص ليس مجانياً بطبيعة الحال مثلما هو الاصل فى الاستعمال المشترك للمال العام ، وإنما هو يكون بمقابل نقدى فى كل الحالات .

٢ — الاستعمال الخاص فى صورة عقد : على عكس صورة الترخيص ، يكون أسلوب التعاقد هو الأصل العام فى حالة الاستعمال العادى للمال العام أى بطريقة تتفق وتنسجم مع طبيعة وغرض تخصيص المال . وعلى خلاف الترخيص الإستعمال الخاص هنا يتم بعقد تتلاقى فيه إرادة الإدارة مع إرادة الفرد (أو الشركة) صاحب المصلحة . والعقد المبرم مع الإدارة يتضمن عادة شروط غير عادية أو غير مألوفة تستهدف حماية المال العام وعدم الإضرار بمصلحة الجمهور . وتتضمن شروط العقد المقابل النقدى الذى تحصل عليه الإدارة .

وشروط العقد تقبل التعديل أثناء سريانه بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة ، كما أن للإدارة أيضاً حق إلغاء العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

ولكن برغم سلطة الإدارة فى التعديل أو الإلغاء ، فإن مركز الفرد فى الاستعمال الخاص بناء على العقد أكثر استقراراً بكثير من مركز من يستعمل المال بناء على ترخيص إذ أن مجلس الدولة المصرى يتجه إلى أن جهة الإدارة تلتزم باحترام حقوق المتعاقد فى الاستعمال فى الوضع العادى ، وليس لها أن تلغى العقد إلا إذا كانت المصلحة العامة تقتضى ذلك بالفعل (١) وفى مقابل تعويض كامل . (٢)

---

(١) انظر الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق صص ٣٢٤ — ٣٢٥ . .

(٢) انظر الدكتور سليمان الطماوى ، المرجع السابق ص ٥٦٩ .

الباب الرابع
الموظفون العموميون

الإدارة أو السلطات الإدارية هى الأجهزة التى تمثل الأشخاص المعنوية العامة وهى الدولة وتتبعها الإدارة المركزية والوحدات المحلية كالمحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة التى هى أشخاص عامة مرفقية .. والقانون الإدارى ينظم علاقات هذه الأشخاص المعنوية العامة أما فيما بينها أو بينها وبين الأفراد ، فهو أى القانون الإدارى لا يعرف أساساً إلا هذه الأشخاص المعنوية الإدارية . ولكن الشخص المعنوى العام . كأى شخص معنوى هو كائن قانونى ، أى فى نظر القانون ولكنه فى عالم الواقع ليس كائناً حياً فى ذاته تمثل الأشخاص الطبيعيين يأكل ويشرب ويعمل ويفكر ويريد ويقرر . إذن لا مناص من أن يحيا الشخص المعنوى العام بواسطة وعن طريق الأشخاص الطبيعيين الذين يعملون لديه باسمه ولحسابه ، وهؤلاء هم الموظفون العموميون. ومنهم من يحتل مراتب القيادة والإدارة العليا مثل الوزراء والمحافظون ورؤساء الهيئات العامة ووكلاء الوزارات ورؤساء المصالح والمديرون ، وهم يمارسون السلطة الإدارية ويتخذون القرارات الإدارية ويوقعون العقود الإدارية نيابة عن الشخص المعنوى العام . وغيرهم وهم أغلبية جمهور الموظفين يتميز عملهم بأنه تنفيذى بالمعنى الفنى ، أى تنفيذ القرارات التى اتخذها موظفو الإدارة العليا وتنفيذ العقود والارتباطات التى أبرموها . ولكن عمل جمهور الموظفين التنفيذيين لا يستهان به ، فهم البناة الحقيقيون للدولة فى إقامة المشروعات العامة وسير المرافق العامة وأداء الخدمات العامة ، ويتوقف على حسن أدائهم واخلاصهم تقدم المجتمع .

والموظفون كبارهم وصغارهم هم إذن قوة لا يستهان بها ، لهذا تعنى الدول والحكومات بتنظيم حياتهم الوظيفية ومركزهم القانونى على نحو يكفل لهم الأمان والإستقرار ورفع مستواهم المادى والفكرى ، لأن رفع مستواهم

وتحقيق استقرارهم ما هو فى نهاية الأمر إلا لتحقيق استقرار الدولة ذاتها ورفع مستوى المجتمع نفسه .

وقبل أن نقسم دراستنا للموظفين العموميين سنفرد فصلا تمهيدياً عن « الإتجاهات العامة فى تنظيم شئون الموظفين العمومين » .

« فصل تمهيدى »

الاتجاهات العامة فى تنظيم شئون الموظفين العموميين

أو لا — الأداة التشريعية فى إصدار نظام الموظفين :

نظراً لأن الموظفين العموميين فى الجهاز الإدارى لأى دولة يكونون طائفة متميزة يعمل أفرادها باسم الدولة ولحسابها لتحقيق النفع العام ، فمن الطبيعى أن تصدر الدولة نظام قانونى رسمى ومكتوب يحدد المركز القانونى لطائفة الموظفين العموميين من حيث تعيينهم وتحديد مرتباتهم وعلاواتهم وترقياتهم وكذلك تأديبهم وأسلوب إنهاء خدمتهم . كذلك يبين هذا النظام الموضوع عادة نوعيات الوظائف العامة أى ترتيبها وتصنيفها حتى يمكن اختيار الأشخاص الملائمين لشغل تلك الوظائف ، كما يحدد ذلك النظام الرسمى أيضاً تلك الهيئات أو اللجان التى تتدخل للإشراف على حسن تطبيق النظام الموضوع .

ويثور التساؤل عن أداة إصدار نظام الموظفين العموميين . هل من الملائم أن تتمثل تلك الأداة التشريعية فى قرارات لائحية تصدر عن قيادة السلطة التنفيذية وبدون حاجة لقانون عام يصدر عن البرلمان ، أم أنه على العكس لابد من أن يصدر هذا النظام بقانون برلمانى يثبت القواعد العامة التى تحكم شئون الموظفين عن طريق السلطة التشريعية ذاتها .

وقد يبدو أن أسلوب القرارات اللائحية أدعى للمرونة وإمكانية التعديل والتطوير أكثر من القانون . ولكن من ناحية مقابلة ، يبدو أن إصدار نظام الموظفين بقانون برلمانى يضمن للموظف العام استقراراً أكثر نظراً

لصعوبة تعديل القانون بالمقارنة بسهولة تعديل اللوائح . بالإضافة إلى أن إصدار نظام الموظفين بقانون يكفل لهؤلاء ضمانة عدم جواز المساس بهذا النظام عن طريق قرارات إدارية تصدر عن السلطة التنفيذية .

وتتفق الدول بوجه عام ، ومنها مصر والجمهورية العربية اليمنية ، على إختيار أداة القانون كأصل عام لتنظيم شئون الموظفين نظراً لما يكفله هذا الإسلوب من ضمانات الاستقرار وعدم جواز إهدار مركز الموظف الذى حدده القانون بمجرد قرار إدارى . والواقع أن حاجة الموظفين لضمانات الاستقرار وثبات نظامهم الوظيفى هى أمر جوهرى ، لأن الوظيفة العامة يجب أن تكون مهنة تكفل للموظف الدوام والاستقرار حتى يكرس جهوده باطمئنان للخدمة العامة .

ولكن تتجه الدول أيضاً إلى ضرورة أن يقتصر القانون المنظم للوظيفة العامة على القواعد العامة الأساسية والضمانات الجوهرية ، بحيث تترك التفصيلات الفرعية للوائح التنفيذية وغيرها من القرارات اللائحية التنظيمية وبذلك يتم الجمع بين مزايا الاستقرار وتحديد الضمانات التى يكفلها القانون وبين مزايا المرونة وإمكانية التطوير التى تكفلها القرارات اللائحية .

ثانياً ــ وحدة أو تعدد النظام الوظيفى :

إذا كانت الأحكام والقواعد الأساسية لنظام الموظفين العموميين تنظم عادة فى الدول المختلفة ومنها الجمهورية العربية اليمنية ومصر بمقتضى قانون ، فإن تساؤلا آخر يثور : هل من الأفضل وضع نظام قانونى موحد لجميع أنواع الموظفين والوظائف العامة فى الدولة ، أم أنه من الأفضل على العكس أن تتنوع أنظمة الموظفين طبقاً لطوائفهم المختلفة ؟

والاتجاه الغالب فى الدول المختلفة والذى تأخذ به اليمن ومصر هو أن يوجد قانون عام أساسى يضع النظام العام لعموم الموظفين . ولكن إلى جانبه وبجواره توجد أنظمة قانونية خاصة لبعض طوائف الموظفين العموميين ، أنظمة تصدر بقانون أو بناء على قانون وتتميز بأنها تخالف النظام الأساسى

لموظفى الدولة فى شأن بعض القواعد . وفى هذه الحالة ينطبق على تلك الطوائف الخاصة نظامهم الوظيفى الخاص ، وفى حالة عدم وجود نص فيه فى مسألة أو ناحية معينة يطبق النظام الأساسى العام لموظفى الدولة . وذلك تطبيقاً للمبدأ القائل بأن النص الخاص يقيد النص العام .

وترجع حكمة تميز بعض الوظائف بأنظمة وظيفية خاصة إلى طبيعة تلك الوظائف وواجباتها ومسئوليتها المتميزة فى المجتمع — ولكن يجب ألا تتعدد الأنظمة الوظيفية بغير مبرر أو ضرورة وإلا كان ذلك متعارضاً مع مبدأ المساواة بين الأفراد الذى قرره الدستور . ومن ناحية أخرى حيث توجد ضرورة فعلية لأنظمة وظيفية خاصة ومتميزة ، يجب أيضاً أن يكون اختلاف قواعدها عن القواعد التى يتضمنها النظام الأساسى لموظفى الدولة فقط بالقدر الضرورى .

وتطبيقاً لما سبق ، يوجد فى الجمهورية العربية اليمنية نظام قانونى أساسى عام لموظفى الدولة هو الآن القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن نظام موظفى الدولة . ولكن إلى جانبه توجد أنظمة قانونية خاصة لبعض طوائف الموظفين العموميين التى تتطلب طبيعة عملهم توفير مزايا مادية وأدبية خاصةأو استثنائية ، مثل رجال القضاء العادى أو الإدارى ، وهيئات التدريس بالجامعات وضباط الشرطة والقوات المسلحة ، ورجال السلك الدبلوماسى والقنصلى .

ثالثاً : معنى المصطلحات الهامة التى وردت فى قانون العاملين :

(أ) **الوحدة :** ورد اصطلاح الوحدة كجهاز من أجهزة الإدارة فى معظم نصوص قانون نظام موظفى الدولة رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

من ذلك على سبيل المثال المادة التاسعة من القانون التى نصت على أن : « تضع كل وحدة جدولا بوظائفها موزعاً على المجموعات الوظيفية ووصفاً لكل وظيفة والاشتراطات اللازمة لشغلها وترتيبها فى إحدى الدرجات ... »

فما هو مفهوم الوحدة فى قانون الموظفين ؟

حددت هذا المفهوم الفقرة الأولى من المادة الثانية التي نصت بأنه يقصد بالوحدة : —

(أ) كل وزارة أو مصلحة أو جهاز يكون له موازنة خاصة .

(ب) الهيئة العامة .

وهى الجهات الإدارية الأصلية فى الدولة والتى يخضع العاملون فيها بصفة أصلية وأساسية لقانون العاملين . ويمكن أن نضيف أيضاً وحدات الإدارة المحلية لأن العاملين فى الألوية والقضوات والنواحى هم أيضاً موظفون عموميون .

(ب) السلطة المختصة : وهى أيضاً وردت فى كثير من نصوص القانون. وحددت معناها الفقرة الثانية ، فذكرت أن السلطة المختصة تشمل :

(أ) الوزير المختص .

(ب) رئيس الهيئة العامة المختص (أو رئيس المؤسسة العامة) .

(ج) من يملك سلطات الوزير . مثل المحافظ فى اللواء ومثل مدير الجامعة .

(ج) الوظيفة والمجموعة النوعية والدرجة : عمل المشرع اليمنى على الأخذ بنظام توصيف الوظائف وترتيبها على أسس موضوعية بحيث يلتحق الموظف بوظيفة سبق تحديد واجباتها ومسئولياتها وأوصافها على نحو موضوعى ، مما يكفل التنسيق السليم وعدم الازدواج أو التعارض بين الموظفين أو بين اختصاصاتهم . وفى ضوء هذه الفكرة الموضوعية يجب أن نضع التنظيم الوظيفى الذى أتى به قانون الموظفين رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سيما بعد تعديله بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٢ .

فقد نصت المادة الثامنة من قانون ٤٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٢ (فى مادته الأولى) فقد نصت على أن : « تنقسم الوظائف من حيث نوعياتها إلى المجموعات الرئيسية الآتية : —

١ – مجموعة وظائف الإدارة العليا .

٢ – مجموعة الوظائف التخصصية .

٣ – مجموعة الوظائف الكتابية .

٤ – مجموعة الوظائف الفنية .

٥ – مجموعة الوظائف الحرفية .

٦ – مجموعة وظائف الخدمات المعاونة .

« وتتضمن كل مجموعة عدداً من الوظائف موزعة على الدرجات على النحو المبين بجدول الوظائف والدرجات والمرتبات الملحق بهذا القانون .

« ويحدد بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض وزارة الخدمة المدنية والإصلاح الإدارى أحكام توصيف وترتيب الوظائف . كما تحدد اجراءات نقل الموظفين إلى الوظائف الواردة بجدول الوظائف وتاريخ سريان أحكام التوصيف والترتيب عليهم .

« ويجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض وزارة الخدمة المدنية والإصلاح الإدارى تعديل شروط شغل الوظائف الواردة بجدول الوظائف والدرجات والمرتبات الملحق بهذا القانون ، وكذا المدد المقررة للترقية وذلك بصفة عامة » .

كذلك أضافت المادة الثانية من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٢ المادة ٨مكرر إلى القانون الأصلى رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ويكون نص هذه المادة المضافة كما يلى :

« تعتبر كل مجموعة وظيفية مستقلة بذاتها فيما يتعلق بالتعيين والترقية والنقل والندب ، ولا يجوز نقل موظف من مجموعة إلى أخرى إلا إذا توافرت فيه شروط شغل الوظيفة فى المجموعة المنقول إليها . ويعتبر النقل من مجموعة إلى أخرى بمثابة تعيين جديد وتحتسب الأقدمية من تاريخ النقل » .

مما سبق يتضح لنا أن كل وظيفة يجب أن تتحدد سلطاتها ومسئولياتها

وشروط شغلها بطريقة مسبقة وموضوعية أى حسب طبيعة هذه الوظيفة . ومن ناحية أخرى الوظائف فى كل وزارة أو مصلحة أو فى كل وحدة إدارية تتوزع على « مجموعات نوعية » . والمجموعة النوعية تشمل مجموعة من الوظائف التى تتشابه فى قيمتها وطبيعتها وتجمعها فكرة واحدة رئيسية تميزها عن غيرها من المجموعات النوعية الأخرى .

ومن خلال ما سبق أيضاً يتضح أن تحديد سلطات ومسئوليات وشروط شغل كل وظيفة وهو ما يسمى « بتقييم » أو « ترتيب » أو « توصيف » الوظائف هو اجراء ضرورى أولى على ضوئه يتم إلحاق كل وظيفة بالمجموعة النوعية المعينة من بين المجموعات التى حددها القانون . ولا يمكن أن تقوم كل وحدة إدارية بوضع جدول وظائفها الذى يتضمن تقييم الوظائف بدون ضوابط أو معايير . ولهذا نصت المادة الثامنة من قانون الموظفين بعد تعديلها بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٢ – كما رأينا – على أن : « يحدد بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض وزارة الخدمة المدنية والإصلاح الإدارى أحكام توصيف وترتيب الوظائف ... » .

ونذكر أخيراً طبقاً للمادة الثامنة مكرر التى أضافها القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٢ ، أن كل مجموعة نوعية من مجموعات الوظائف مستقلة بذاتها عن غيرها من المجموعات من حيث التعيين والترقية والنقل والندب . ومما يدل أكثر على استقلال كل مجموعة نوعية ما نصت عليه هذه المادة الثامنة مكرر من أن النقل من مجموعة لأخرى يعتبر بمثابة « تعيين جديد » .

نقتصر على تلك الاتجاهات العامة التى سبق أن أشرنا إليها فى الفصل التمهيدى السابق . ونعرض الآن لتقسيم هذا الباب . وسوف نجمع الأحكام العامة للموظفين العموميين فى إطار ثلاثة فصول ستكون على الوجه التالى : –

الفصل الأول : الموظف وتنظيم علاقته بالدولة .

الفصل الثانى : حقوق الموظفين وواجباتهم وتأديبهم .

الفصل الثالث : نهاية خدمة الموظفين .

الفصل الأول

الموظف وتنظيم علاقته بالدولة

سوف ندرس فى هذا الفصل وتحت هذا العنوان ثلاثة موضوعات : الموضوع الأول « تعريف الموظف العام » والموضوع الثانى « طبيعة علاقة الموظف العام بالدولة » وأخيراً الموضوع الثالث « تعيين الموظفين » باعتباره الأسلوب المنظم لبدء العلاقة القانونية بين الموظف والدولة (أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة) .

المبحث الأول

تعريف الموظف العـــام

فى كثير من الحالات لا تعنى قوانين الموظفين بوضع تعريف عام جامع للموظف العام ، وإنما تكتفى عادة فقط بتحديد الموظفين الخاضعين لأحكامها. وتلك الملحوظة تنطبق على قوانين التوظف المتعاقبة فى مصر ابتداءاً من أول قانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ حتى قانون العاملين المدنيين بالدولة الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ .

ونفس الملحوظة تنطبق على قانون الموظفين اليمنى رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فهو لم يقدم تعريفاً شاملا لكل موظف عام ، بل اكتفى بتحديد طوائف الموظفين الخاضعين مباشرة لأحكامه ، وهذه الطوائف لا تشمل جميع فئات الموظفين العموميين فى الدولة . فالمادة الأولى من القانون رقم ٤٩ تنص على ما يلى : —

« تسرى أحكام هذا القانون على موظفى الدولة وعمالها فى الجهاز الإدارى للدولة ولا تسرى هذه الأحكام على :

١ — القوات المسلحة .

٢ — الشرطة .

٣ — الوظائف القضائية .

٤ — موظفى السلكين السياسى والقنصلى .

« وتعتبر أحكام هذا القانون هى الأساس العام بالنسبة لموظفى الكادرات الخاصة المشار إليها فى هذه المادة » .

فكما نرى أن هذا التحديد لا يشمل كل موظف عام فى الدولة بدليل أن قانون الموظفين طبقاً للنص المشار إليه لا ينطبق أساساً على الموظفين الذين يحكمهم كادرات خاصة كالقضاة ورجال القوات المسلحة والأمن ورجال السلك السياسى والقنصلى . كذلك من المعروف مثلا أن العمد والمشايخ (الخفراء) فى مصر موظفون عموميون رغم أنهم لايخضعون لقانون الموظفين . نفس الحال بالنسبة للمأذون فى مصر واليمن هو موظف عام ولكنه يخضع لقواعد أخرى ولا يخضع لقانون الموظفين . لهذا تدعو الحاجة لوضع تعريف دقيق للموظف العام الذى يخضع فى مركزه القانونى لأحكام القانون العام على خلاف عمال القانون الخاص الخاضعين لقانون العمل والقانون المدنى .

ومن خلال مجموع أحكام القضاء الإدارى المقارن ، يمكننا أن نعرف الموظف العام بأنه « كل من يعهد إليه بعمل دائم فى مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى بطريق مباشر » .

ومن خلال هذا التعريف يمكننا استخلاص عناصر ثلاثة لازمة لتعريف الموظف العام : —

أولا : القيام بعمل دائم : وهذا يعنى أن تكون الوظيفة التى يشغلها الموظف هى فى ذاتها وظيفة دائمة ، كما يعنى هذا العنصر أيضاً أن يتولى الموظف هذه الوظيفة بصفة دائمة بحيث ينقطع الموظف لخدمة الدولة بصفة مستقرة وليس بصفة عارضة .

وشرط أن تكون الوظيفة دائمة يعنى أن تكون الوظيفة المسندة للموظف

وظيفة ضرورية للمرفق أو وظيفة من الوظائف اللازمة للسير العادى المنظم لهذا المرفق .

وينتج عن ذلك أن الأعمال المؤقتة العارضة لا يعتبر من يتولوها موظفين عموميين ولو كانت هذه الأعمال تتم لحساب شخص معنوى عام . مثال ذلك هؤلاء الأشخاص الذين تستخدمهم الإدارة من حين لآخر لأعمال مؤقتة كعمليات الإحصاء العام للسكان أو أعمال تقوية جسور النيل ، أو أعمال الخبرة المؤقتة . وتطبيقاً لذلك أيضاً لا يعتبر المجندون فى القوات المسلحة موظفين عموميين لأن عملهم بطبيعته مؤقت حتى ولو طالت مدة تجنيدهم عن الوضع العادى لظروف استثنائية . كذلك لا يعتبر المورد فى عقد التوريد الإدارى أو المقاول فى عقد الأشغال العامة موظفاً عاماً لأن عملهما موقوت بمهمة معينة هى توريد الأصناف المحددة فى العقد أو إنشاء أو صيانة مبنى معين ، وتنتهى بعد ذلك علاقتهما بالإدارة .

ولكن لا يشترط لاعتبار الوظيفة دائمة أن تكون تلك الوظيفة داخلة فى موازنة الإدارة طبقاً لقانون العاملين وأن يكون لها درجة مالية تكفل لمن يشغلها راتباً شهرياً . إذ أن العبرة هى بطبيعة الوظيفة ذاتها وكونها لازمة للسير العادى المنظم المرفق كما قلنا ، وليس العبرة بتحديد الوظيفة فى قانون العاملين . ومن ثم اعترف مجلس الدولة فى مصر بوصف الموظفين العموميين للعمد والمشايخ وكذلك المأذونين برغم أنهم ليس لوظائفهم درجات فى الميزانية ولا يتقاضون مرتبات من الدولة بالتالى . ونفس الشيء بالنسبة للتربية الذين يقومون بدفن الموتى ، فهم موظفون عموميون لأنهم يتولون عمل دائم فى خدمة مرفق عام تديره الدولة ولا يؤثر فى اعتبارهم موظفين عموميين كونهم لا يشغلون درجة مالية محددة فى موازنة وزارة من الوزارات .

هذا ويلاحظ أن المشرع اليمنى فى قانون الموظفين رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد خرج على شرط دائمية الوظيفة ، فقرر فى المادة السادسة أنه يعتبر موظفاً فى تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين فى وظيفة دائمة أو « مؤقتة » وهذا يعنى أن المعينين فى وظائف مؤقتة فى الجهاز الإدارى للدولة يعتبرون

موظفين عموميين فى نظر القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . وهذا مسلك منتقد لأنه يتعارض مع الفكرة الفقهية السائدة التى تستلزم الوظيفة الدائمة كما رأينا .

ثانياً : أن يعمل الموظف فى مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى بالطريق المباشر :

وهذا الشرط الثانى الجوهرى يعنى أن المرفق الذى يقوم فيه الموظف بعمل دائم ، هذا المرفق يجب أن يدار مباشرة عن طريق أحد الأشخاص المعنوية العامة . أى أن يدار مباشرة بواسطة الدولة وهى أهم أشخاص القانون العام وتمثل السلطة المركزية ، أو أن يدار المرفق بواسطة وحدة من وحدات الحكم المحلى أو هيئة من الهيئات العامة .

وحكمة هذا الشرط لتحقق وصف الموظف العام ، هى أن الشخص الذى يتمتع بهذا الوصف يخضع لأحكام القانون الإدارى باعتباره قانوناً عاماً وتخضع منازعاته الوظيفية للاختصاص القضائى الإدارى (مجلس الدولة) وليس للقضاء العادى ، ومن ثم يكون من المنطق أن نتطلب أن يعمل الموظف فى خدمة شخص من أشخاص القانون العام .

ويترتب على هذا الشرط أن العاملين فى مرفق عام يدار ليس عن طريق الأشخاص العامة مباشرة لا يعتبرون بحال موظفين عموميين . ومن ثم لا يعتبر من قبيل الموظفين العموميين العاملون فى مرفق عام يدار عن طريق نظام التزام أو امتياز المرافق العامة بما فيهم الملتزم نفسه ، أو العاملون فى شركات الاقتصاد المختلط لأنها من أشخاص القانون الخاص . أكثر من ذلك رفض مجلس الدولة فى مصر أن يعترف بصفة الموظف العام للعاملين فى شركات القطاع العام ، برغم أن أموالها مملوكة للدولة وأن تلك الشركات العامة تقوم بدور أساسى فى خطة الدولة وبالتالى يبدو نشاطها من طبيعة المرفق العام . وسبب ذلك هو أن مجلس الدولة بعد استعراض نظام شركات القطاع العام لاحظ أنه لا يختلف فى جوهره عن نظام شركات المساهمة فى القطاع الخاص ، أى أن النظام القانونى لشركات القطاع العام يقتبس إلى حد بعيد قواعد

وأساليب القانون التجارى ولا يتضمن امتيازات السلطة العامة والقانون العام . وبالتالى اعتبرها مجلس الدولة من أشخاص القانون الخاص . ومن ثم انتهى إلى أن موظفيها لا يعتبرون موظفين عموميين وإنما أجراء أو عمال يطبق عليهم قانون العمل فيما لم يرد به نص خاص فى قانون العاملين بالقطاع العام ، ويختص بالفصل فى منازعاتهم القضاء العادى وليس مجلس الدولة كقضاء إدارى (١) . مع استثناء وحيد هو اختصاص المحاكم التأديبية بمجلس الدولة بالمسائل التأديبية المتعلقة بهم مثل الموظفين العموميين . ولكن الاستثناء قاصر على مجال التأديب فقط .

ثالثاً : تولى العمل بأسلوب مشروع :

لا يكفى لثبوت وصف الموظف العام أن يتولى شخص عمل دائم بصفة دائمة فى خدمة مرفق عام يديره مباشرة شخص معنوى عام ، بل لا بد أيضاً أن يلتحق الموظف بهذا العمل الدائم بأسلوب مشروع بأن يتم تعيينه مثلا بقرار مشروع صادر عن السلطة المختصة بالتعيين . وإذا كان الأصل أن الموظف يدخل الوظيفة العامة عن طريق تعيينه فيها بقرار إدارى وقبوله لهذا التعيين ، إلا أن مجلس الدولة استقر على أن دخول الوظيفة عن طريق نظام أوامر التكليف الإجبارية لا يؤثر فى اعتبار الموظف المكلف موظفاً عاماً على اعتبار أن نظام التكليف «هو أداة استثنائية خاصة للتعيين فى الوظائف العامة بحسب الشروط والأحكام المبينة فى القوانين واللوائح الصادرة فى هذا الشأن ، فإذا تم شغل الوظيفة العامة بهذه الأداة انسحب المركز الشرطى الخاص بالوظيفة على المكلف بجميع التزاماتها ومزاياها فى الحدود التى نصت

---

(١) انظر على سبيل المثال أحكام المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٣١ / ١ / ١٩٧٦ وبتاريخ ١٧ / ٢ / ١٩٧٩ وبتاريخ ٢٥ / ٣ / ١٩٧٩ (ويلاحظ أنه فى هذا الحكم الأخير قضت المحكمة الإدارية العليا بأن رئيس مجلس إدارة شركة القطاع العام نفسه لا يعتبر موظفاً عاماً)

عليها القوانين الخاصة المشار إليها ؛ وأصبح بهذه المناسبة وفى هذا الخصوص شأنه شأن غيره من الموظفين . ولا يقدح فى ذلك أن رضاء الموظف بقبول الوظيفة فاقد ، ذلك أن التكليف فى أساسه يقوم على استبعاد هذا الرضاء ويصدر جبراً على المكلف لضرورات الصالح العام[١] »

والأصل أن شرط تولى العمل فى المرفق بأسلوب مشروع وعن طريق السلطة المختصة بالتعيين ، هو شرط جوهرى . فإذا تخلف هذا الشرط بأن قام شخص بإقحام نفسه على الوظيفة العامة أو تولاها بأسلوب غير صحيح أو غير مشروع فهو لن يكون موظفاً عاماً (حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر بتاريخ ٢٨ / ٦ / ١٩٦٤ (. فمثل هذا الشخص تعتبر أعماله معدومة لصدورها من فرد عادى لم يصبح موظفاً عاماً بالأسلوب المشروع لتولى الوظيفة العامة ، فقط على سبيل الاستثناء يقرر القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر أنه فى حالة الظروف الاستثنائية كحالة حرب مثلا يمكن أن تكون تلك الأعمال مشروعة تحقيقاً لسير المرفق العام بانتظام واضطراد . وهى النظرية المعروفة باسم « الموظف الفعلى » ، ولكنها باستثناء محدود بظروف الضرورة[٢] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٢ / ١٢ / ١٩٥٩ ، مجموعة المبادئ التى قررتها هذه المحكمة ، السنة الخامسة ص ٩٤ . وأيضاً حكم ذات المحكمة بتاريخ ١٧ / ٢ / ١٩٧٩ .

(٢) هناك حالة أخرى أقل شيوعاً يعترف فيها القضاء الإدارى استثناء بشرعية أعمال الموظف الفعلى ، وهى حالة الموظف الذى عين بقرار مخالف للقانون . فإذا حكم بإلغاء قرار تعيينه فهو يعتبر بحكم الأثر الرجعى لحكم الإلغاء وكأنه لم يعين أصلا ومن ثم لم تكن له صفة الموظف العام من الناحية الرسمية . والمفروض أن تكون الأعمال التى قام بها قبل إلغاء قرار تعيينه معدومة لصدورها من شخص عادى . ولكن حماية لجمهور الأفراد حسنى النية بقرار القضاء الإدارى الفرنسى استثناء مشروعية أعمال الموظف الفعلى « حماية لمصلحة الأفراد حسنى النية الذين اعتقدوا أنهم يتعاملون مع موظف رسمى دخل الوظيفة بقرار تعيين مشروع.

المبحث الثانى

طبيعة علاقة الموظف العام بالدولة

ثار التساؤل فى الفقه والقضاء عن طبيعة العلاقة التى تربط بين الموظف العام وبين الدولة . وفى بداية الأمر إتجه الرأى إلى أنها علاقة تعاقدية ، ولكن فيما بعد ظهر فساد هذا الرأى وأصبح الإتجاه السائد حالياً هو تكييف علاقة الموظف بالدولة بأنها علاقة تنظيمية طبقاً للقوانين واللوائح . ونعرض لكل من الإتجاهين فيما يلى : —

أولا

تكييف العلاقة بأنها علاقة تعاقدية

(أ) علاقة تعاقدية فى نطاق القانون الخاص : فى بداية الأمر وفى الوقت الذى كان فيه القانون الخاص وبالذات القانون المدنى هو الشريعة العامة التى تطبق على الأفراد وعلى الإدارة أيضاً ، إتجه رأى الفقه القديم إلى أن علاقة الموظف بالدولة أو بغيرها من الأشخاص الإدارية العامة هى علاقة تعاقدية خاصة تخضع للقانون المدنى . ومن ثم يكون مركز الموظف مماثلا لمركز أى متعاقد فى القانون الخاص . وكان الفقه يصف هذا العقد الخاص الذى يربط الموظف بالدولة بأنه عقد وكالة عادية إذا كان العمل الموكول للموظف هو عمل ذهنى ، بينما يكون العقد عقد عمل أو أجارة أشخاص إذا كان عمل الموظف هو مجرد عمل يدوى .

ولكن بدأ يتضح فساد وعيوب هذا الرأى عندما بدأ يقوى القانون الإدارى وأخذ وضعه كقانون مستقل عن القانون المدنى . وعيوب هذا الرأى من وجهة نظر القانون الإدارى تظهر فيما يلى : —

١ — الواقع أن تعيين الموظف ودخوله فى خدمة الدولة لا يتم بناء على مناقشات حرة بينه وبين الدولة لتحديد شروط علاقتهما كما تفترض ذلك

فكرة التعاقد ، وإنما يتم تعيين الموظف بقرار إدارى يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة . وإذا كان قبول الموظف ضرورياً لتنفيذ قرار التعيين إلا أن تعيينه ونشوء مركزه القانونى يتحقق بناء على قرار التعيين وحده .

٢ إن نتائج فكرة العقد المدنى تتعارض مع مقتضيات وضرورات المرافق العامة « فالعقد فى القانون الخاص يحكمه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين » ، ومن نتائج هذا المبدأ أن الإدارة لن تستطيع أن تعدل مركز الموظف إلا بموافقته ورضائه باعتباره المتعاقد معها فى ظل فكرة العقد ، كما أن الموظف المتعاقد يمكنه فسخ العقد إذا خالفت الإدارة بعض شروط التعاقد . وهذا كله ضار بالمصلحة العامة وبالذات يتعارض مع قاعدة دوام سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد ومع قاعدة قابلية نظام المرفق العام للتعديل باستمرار بواسطة الإدارة .

(ب) علاقة تعاقدية فى نطاق القانون العام : نظراً لعيوب فكرة إرتباط الموظف بالدولة بعقد ينتمى للقانون الخاص ، وبالذات نظراً لتعارض مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مع مقتضيات وحاجات المرافق العامة ، حاول الفقه والقضاء تكييف العلاقة بين الموظف والدولة بأنها تعاقد ليس فى نطاق القانون الخاص وإنما تعاقد فى نطاق القانون العام . أو بمعنى آخر أن عقد الوظيفة العامة يكون عقداً إدارياً وليس عقداً مدنياً . ذلك أن تكييف العلاقة على أساس العقد الإدارى يسمح للإدارة بالإستفادة من السلطات والإمتيازات التى يعطيها لها النظام القانونى للعقود الإدارية واستبعاد تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين . فيجوز للإدارة إذن أن تعدل من جانبها وحدها شروط العقد مع الموظف بما يتلاءم مع حاجات المرفق العام ، ولا يجوز للموظف فسخ العقد لمجرد مخالفة الإدارة لبعض شروط التعاقد .

ولكن بالرغم من أن هذا الرأى أفضل من الرأى السابق عليه ، إلا أن تكييف علاقة الموظف بالدولة على أساس التعاقد الإدارى الذى ينتمى للقانون

العام ليس كافياً ومازال يتعارض مع جوهر الوظيفة العامة وضرورات المرافق العامة . لأن الموظف يرتبط بالدولة وينشأ مركزه القانونى بصدور قرار تعيينه كقرار إدارى . وهذا يختلف عن فكرة التعاقد ذاتها التى تفترض إيجاب وقبول قائم على التراضى حتى فى عقود القانون العام . كذلك حتى مع التسليم بحق الإدارة فى تعديل شروط العقد فى عقود القانون العام ، إلا أنه من المستقر أيضاً أن سلطة الإدارة فى التعديل ترد عليها قيود منها أن تتحقق ظروف جديدة تتطلب التعديل وأن تقوم بتعويض المتعاقد وأيضاً يشترط ألا يكون التعديل مخالفاً لشروط العقد بنسبة كبيرة وإلا جاز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد . وهذا كله يتعارض مع ضرورات وقواعد سير المرافق العامة .

ثانيـــاً

تكييف العلاقة بأنها علاقة تنظيمية طبقاً للقوانين واللوائح :

نظراً لقصور وعيوب النظرية العقدية ، إتجه أخيراً الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر إلى أن علاقة الموظف بالدولة لا تستند إلى أى عقد مهما كان ، وإنما هى تجد أساسها فى القوانين واللوائح التى تنظم شروط هذه العلاقة مسبقاً وتحدد حقوق وواجبات الموظفين عموماً .

فالعلاقة بين الموظف والدولة ليست إذن علاقة عقدية ، وإنما هى علاقة « تنظيمية » تستند إلى نصوص قانونية عامة ومجردة موضوعة من قبل . وهذا يعنى أن مركز الموظف هو مركز قانونى ولائحى وليس مركزاً تعاقدياً وأن قرار تعيينه فى الوظيفة العامة هو « قرار شرطى » لأنه يسند إلى الموظف المعين المركز القانونى العام الذى سبق وأن نظمته القوانين واللوائح المتصلة بالوظائف العامة . وهذا هو الرأى السليم الذى يسود الآن فقهاً وقضاء .

وهناك عدد من النتائج الهامة التى تترتب على إعتبار علاقة الدولة بالموظف العام علاقة تنظيمية ولائحية وليست علاقة تعاقدية : —

١ — أن من حق الدولة أو الإدارة أن تعدل فى كل وقت القوانين واللوائح التى تنظم المركز القانونى للموظفين بدون قبولهم أو رضائهم ، ولا يستطيع أى موظف معارضة هذا التعديل أو التمسك بحق مكتسب فى الإبقاء على النظام القانونى السابق الذى عين فى ظله . فلا حق مكتسب فى الإبقاء على القوانين واللوائح بدون تعديل . فطالما أن التعديل موضوعى وعام فى نظم التوظف فهو جائز بلا قيود ولو تضمن ذلك حرمان الموظفين من بعض الإمتيازات ، ولكن لا يجوز المساس بمركز موظف معين بقرار فردى لأن مثل هذا القرار يكون غير مشروع لمخالفته للوائح المنظمة للوظيفة العامة ويكون بالتالى قابل للإلغاء بواسطة مجلس الدولة .

٢ — إن القرارات التى تصدرها الإدارة فى شأن الموظفين كقرارات التعيين والترقية والنقل وإنهاء الخدمة هى قرارات إدارية بالمعنى الإصطلاحى الدقيق . ومن ثم فهى من ناحية أولى تصدر بالإرادة المنفردة للإدارة ودون مشاركة أو قبول من الموظف المعنى ، ومن ناحية ثانية هى تخضع للطعن بالإلغاء كأى قرار إدارى ولا تعتبر إجراءات عقدية متصلة بتنفيذ عقد إدارى يطعن فيها عن طريق دعاوى العقد التى تنتمى للقضاء الكامل .

٣ — نظراً لأن مركز الموظف هو مركز تنظيمى يستند مباشرة إلى القوانين واللوائح وهذا يستند إلى عقد مع الدولة ، فانه ينتج عن ذلك عدم جواز وعدم صحة أى إتفاق مسبق بين الإدارة والموظف على خلاف القواعد التى قررتها القوانين واللوائح الوظيفية ، وسواء أكان هذا الإتفاق لمصلحة الموظف أو لمصلحة الدولة . فهذه الإتفاقات باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها لقواعد آمرة متعلقة بالنظام العام ، كما أن بطلانها يأتى أيضاً من أنه لو كان الإتفاق تم لمصلحة الدولة فهناك دائماً شبهة الإكراه الواقع على الموظف ولو كان الإتفاق لمصلحة الموظف ، فهو يتضمن خروجاً على مبدأ مساواة الموظفين فى الحقوق والواجبات من أجل اعتبارات شخصية .

٤ — وأخيراً ينتج عن كون مركز الموظف العام مركزاً تنظيمياً وليس تعاقدياً أنه لا يجوز للموظفين الإضراب أو الإمتناع عن العمل حتى ولو

كانت هناك إجراءات غير مشروعة إتخذتها الإدارة ضد الموظف ، لأن سبيل مقاومتها لا يكون بالإضراب وإنما بالالتجاء إلى القضاء ، أما الإضراب والامتناع عن العمل فهو إجراء يخالف القوانين واللوائح التي حددت واجبات الموظف العام .

المبحث الثالث

تعيين الموظفين

من شروط تعريف الموظف العام — كما سبق البيان — أن يكون تولى الوظيفة العامة بأسلوب أو إجراء مشروع بواسطة السلطة المختصة وفقاً للقانون . وهذا هو المقصود بتعيين الموظفين . هو إذن تحديد إسلوب أو كيفية إلتحاق الموظف بالوظيفة العامة وبخدمة الدولة .

وفيما يلي نعرض أولا للشروط العامة للتعيين ثم لأسلوب التعيين .

المطلب الأول

الشروط العــامة للتعيين

هذه الشروط ثمانية ، وقد وردت فى المادة العاشرة من قانون موظفى الدولة اليمنى رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وهى : —

أولا : أن يكون متمتعاً بالجنسية اليمنية : — وهذا هو أول شرط إشترطه القانون فى المرشح للتعيين . والواقع أن الدول الحديثة كلها تقريباً تشترط التمتع بالجنسية الوطنية فيمن يتولى وظيفة عامة فى الدولة . وأهم أسباب هذا الشرط أن الموظف العام يعمل باسم الدولة ولحسابها ويمثل قوتها ويعرف أسرارها ، وليس سوى الوطنيين جدير بذلك . يضاف إلى هذا أن الوظيفة العامة هى مصدر لامتيازات شخصية مادية وأدبية يتمتع بها الموظف العام ، والمواطنون هم بالتالى الأحق بالتمتع بهذه الامتيازات عن الأجانب .

ولكن إستثناء من هذه القاعدة ، واجه القانون حالة احتياج الدولة للخبرة الأجنبية فى نطاق الوظيفة العامة .

وفى هذا نصت المادة الثالثة من قانون الموظفين اليمنى رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن « تسرى على توظيف الأجانب أحكام القانون الخاص بذلك ».

وتطبيقاً لفكرة القومية العربية يلاحظ أن قانون الموظفين المصرى ينص على أن أبناء الدول العربية يمكن أن يعينوا فى الوظائف العامة فى مصر بشرط المعاملة بالمثل .

ثانياً : أن يكون محمود السيرة حسن السمعة : وهذا الشرط يعنى أن تكون السيرة الخلقية والأدبية للشخص المرشح للوظيفة العامة لا تشوبها شائبة . وذلك لأن الموظف العام هو موضع ثقة الدولة وقبل ذلك ثقة جمهور المواطنين فيجب أن يكون ذا خلق قويم . وسوء السمعة أو السيرة لا تعنى بالضرورة صدور حكم جنائى ضد الشخص المرشح أو أن يكون قد سبق فصله من وظيفة عامة سابقة بقرار تأديبى ؛ لأن هاتين الحالتين نصت عليهما المادة ١٠ صراحة إلى جانب السيرة الحميدة وحسن السمعة . ولكن على أى حال لا يجوز طبقاً للمبادىء العامة وصم شخص بالسمعة السيئة بدون وقائع محددة تتعلق بسلوكه الشخصى .

ثالثاً : ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية : وقد حددت الفقرة ٧ من المادة ١٠ أن تكون تلك العقوبة الجنائية هى عقوبة الجناية فى إحدى الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو ما يماثلها من جرائم منصوص عليها فى القوانين الخاصة ، أو عقوبة مقيدة للحرية فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .

ومن ثم الحكم على شخص بعقوبة الجناية ، وهى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن ، أو بعقوبة مقيدة للحرية (الحبس) فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ، يكون مانعاً يحول دون التعيين فى وظيفة عامة .

ولكن هذا المنع أو الحظر يرتفع إذا رد إلى المحكوم عليه اعتباره ، إذ ينمحى أثر العقوبة فى هذه الحالة .

رابعاً : ألا يكون قد سبق فصله من الخدمة تأديبياً : والمقصود بذلك ألا يكون المرشح للتعيين سبق له فى الماضى أن شغل وظيفة عامة ثم فصل منها

بالطريق التأديبي . والفصل كجزاء تأديبي خطير لا تملك السلطة الإدارية المختصة توقيعه بقرار إدارى ، وذلك طبقاً للمادة ٣/٦٣ من القانون ، وإنما يكون توقيع جزاء الفصل بحكم من المحكمة التأديبية المختصة أو ما يوازيها من مجالس التأديب مثل مجالس التأديب فى الجامعات للعاملين ولأعضاء هيئة التدريس .

وطبقاً للفقرة الرابعة من المادة ٢٠ من القانون من سبق فصله من الخدمة بحكم من المحكمة التأديبية أو بقرار من مجلس تأديب لا يجوز تعيينه مرة أخرى فى الوظيفة العامة إلا إذا إنقضت مدة ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ فصله التأديبي .

خامساً : أن يكون مستوفياً لاشتراطات شغل الوظيفة : فلكل وظيفة عامة اشتراطات تتضمنها بطاقة وصف الوظيفة ، فكما سبق البيان المادة الثامنة من قانون العاملين تلزم كل وحدة إدارية بوضع جدول لوظائفها مرفقاً به بطاقات وصف كل وظيفة وتحديد واجباتها ومسئولياتها والاشتراطات اللازم توافرها فيمن يشغلها . ومن أهم تلك الاشتراطات فى الوضع العادى الحصول على مؤهل علمى معين جامعى أو متوسط ، يضاف لذلك الخبرة المطلوبة من حيث نوعها ومدتها . . . فيجب أن تتوافر فى المرشح للتعيين الاشتراطات المطلوبة من واقع وصف الوظيفة .

سادساً : أن تثبت لياقته الصحية للوظيفة : وحكمة هذا الشرط واضحة وهى ضمان قدرة الموظف المعين على تحمل أعباء الوظيفة ، ويضاف إلى ذلك ضمان صحة الجمهور الذى يتعامل معه الموظف . والجهة التى أعطاها القانون سلطة التثبت والتحقق من اللياقة الصحية هى اللجنة الطبية المختصة .

سابعاً : أن يجتاز الامتحان المقرر لشغل الوظيفة : وهذا الشرط يكون لازماً بالنسبة للوظائف التى يتقرر شغلها عن طريق امتحانات المسابقة التى تعقدها السلطة المختصة للمتقدمين للوظيفة العامة . وقد نصت المادة ١٢ من القانون على أن « يحدد الديوان العام لشئون الموظفين الوظائف التى يكون شغلها بامتحان وتلك التى تشغل بدون امتحان . . . » . وتجب الإشارة إلى

أن هذا الإختصاص ينتقل إلى وزارة الخدمة المدنية والإصلاح الإدارى التى حلت محل الديوان العام لشئون الموظفين »

ثامناً : ألا تقل سنه عن ثمانى عشرة سنة : وهذا العمر يمثل فى نظر القانون الحد الأدنى الواجب توافره فى المرشح للتعيين فى الوظيفة العامة ، وهو يكفى فى نظر المشرع لتحمل أعباء الوظائف العامة . ولكن القانون وضع استثناءان أجاز فيهما النزول عن سن الثمانية عشرة عاماً وهما : من ناحية أولى يستثنى من الحد الأدنى للسن حملة دبلوم المعلمين الأولى الذين يلتحقون بالعمل للتدريس ، ومن ناحية ثانية يجوز النزول عن هذا الحد الأدنى بالنسبة للمرشح لوظيفة من الدرجتين الثانية عشرة والثالثة عشرة . ولكن فى جميع الأحوال لا يجوز أن تقل السن عن خمسة عشر سنة (مادة ٣/٣) .

كذلك وضع قانون الموظفين حداً أقصى للتعيين فى الوظائف العامة هو بلوغ خمس وأربعين سنة ، فلا يجوز تعيين من تزيد سنه عن هذا الحد من العمر . ولكن هنا أيضاً وضع القانون استثناء ، فأجاز تخطى هذا الحد الأقصى بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الديوان العام لشئون الموظفين (الآن وزارة الخدمة المدنية والإصلاح الإدارى) .

المطلب الثانى

أسلوب التعيين

إذا تحققت شروط التعيين فى الوظائف العامة طبقاً لما حدده قانون الموظفين — كما سبق أن رأينا — فتبقى مسألة تقليد الفرد المرشح لإحدى هذه الوظائف . ولكن نظراً لأن الوظائف العامة تجذب أعداداً كبيرة من الأفراد بالذات بسبب ما يكفله نظام الموظفين العموميين من ضمانات الاستقرار والترقى للموظف ، لذلك عادة يتقدم لشغل الوظيفة العامة — أية وظيفة — عدد من المرشحين يزيد عن عدد الوظائف المطلوب شغلها ، وتكون شروط التعيين متوافرة فيهم جميعاً ، لذلك يثور السؤال الهام : كيف تتم المفاضلة أو كيف يتم الاختيار بينهم ؟

من الأساليب التقليدية التى تعرفها التشريعات الوظيفية فى الدول المختلفة أسلوب امتحانات المسابقة. التى تعقدها الجهات الإدارية لاختيار الموظفين الذين تحتاجهم من بين المرشحين المتقدمين . والمبدأ السائد فى هذه الحالة هو أن يكون التعيين طبقاً للدرجات التى حصل عليها كل مرشح فى امتحان المسابقة ، أى أن التعيين يكون حسب الأسبقية فى ترتيب نتائج الامتحان .

ولكن نظام أو أسلوب امتحانات المسابقة برغم عدالته إلا أنه ينزع عن السلطة الإدارية كل سلطة تقديرية فى اختيار موظفيها ، لذلك نجد أن الإتجاه الحديث فى تشريعات الموظفين هو إعطاء السلطة الإدارية المختصة سلطة تقديرية فى تحديد الوظائف التى يتم شغلها بأسلوب امتحان المسابقة ، وتلك الوظائف التى يتم شغلها مباشرة وبدون امتحان مع وجود عدد من الضوابط فى هذه الحالة الأخيرة لتحقيق المساواة بين المرشحين للتعيين .

وقد أخذ بهذا الاتجاه الأخير التشريع المصرى وكذلك قانون الموظفين اليمنى حيث نصت المادة ١٢ من هذا القانون الأخير رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن « يحدد الديوان العام لشئون الموظفين الوظائف التى يكون شغلها بامتحان وتلك التى تشغل بدون امتحان ، ويكون التعيين فى الوظائف التى تشغل بامتحان بحسب الأسبقية الواردة بالترتيب النهائى لنتائج الامتحان وتحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات والشروط المتعلقة بالتعيين فى الوظائف » .

ويلاحظ أن القانون أعطى للديوان العام لشئون الموظفين هذا الاختصاص بتحديد الوظائف التى تشغل بامتحان وتلك التى تشغل مباشرة عن طريق الجهات الإدارية بدون إمتحان . وأحال القانون على اللائحة التنفيذية لوضع الإجراءات والشروط التفصيلية وبالذات الضوابط التى تكفل عدالة وحسن إختيار الموظفين عند إختيارهم بدون إمتحان . ويجب أن يكون مفهوماً أن الديوان العام لشئون الموظفين قد تم إلغاؤه وحلت محله فى جميع إختصاصاته وغيرها وزارة مستقلة هى « وزارة الخدمة المدنية والإصلاح الإدارى » منذ إنشائها بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٨١ .

السلطة المختصة بالتعيين : —

سواء كانت الوظيفة يتم شغلها بامتحان مسابقة أو بدون امتحان ، فما هى السلطة الإدارية المختصة بإصدار قرارات التعيين ؟

قد أجابت المادة الرابعة عشرة من قانون الموظفين على هذا التساؤل ، فحددت هذه السلطات بطريقة تنازلية حسب أهمية الوظيفة أو درجتها وذلك على النحو التالى : —

١ — بالنسبة لوكلاء الوزارات والوكلاء المساعدين (وكلاء وزارة مساعدين) ومن هم فى درجتهم يتم تعيينهم من رئيس الجمهورية بقرار جمهورى بناء على ترشيح الوزير المختص وبعد موافقة مجلس الوزراء .

ويلاحظ أن وكيل الوزارة فى قانون الموظفين انمى درجته هى الدرجة الأولى . ووكيل الوزارة المساعد درجته الدرجة الثانية .

٢ — بالنسبة لمن يشغلون الدرجة الثالثة يتم تعيينهم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس الوزراء وبناء على ترشيح من الوزير المختص وفتوى الديوان العام لشئون الموظفين (وزارة الخدمة المدنية الآن) . ونرى أنه لا داعى أيضاً لرأى أو فتوى ديوان الموظفين أو وزارة الخدمة المدنية لأنه طالما أن الحاجة تتطلب هذا التعيين كما هو المفروض فيكفى ترشيح الوزير المختص وقرار رئيس مجلس الوزراء بعد موافقة المجلس .

٣ — بالنسبة للموظفين من الدرجة الرابعة وحتى الدرجة الحاديةعشرة يكون تعيينهم بقرار من الوزير المختص بعد موافقة الديوان العام لشئون الموظفين (وزارة الخدمة المدنية والإصلاح الإدارى) .

٤ — وأخيراً ، بالنسبة للموظفين من الدرجتين الثانية عشرة والثالثة عشرة يكون تعيينهم بقرار من وكيل الوزارة أو رئيس المصلحة المختص كل فى دائرة إختصاصه .

هذا ويلاحظ أن هذه السلطات المختصة بالتعيين هى ذاتها المختصة بالترقية وفقاً لنفس الترتيب السابق بيانه .

فترة الاختبـــار : —

بصدور قرار التعين يكتسب الفرد صاحب الشأن المركز القانونى للموظف العام طبقاً للقانون ، وإذا قبل هذا التعين واستلم العمل تأكد مركزه القانونى .

ولكن قوانين الخدمة المدنية فى كثير من الدول تستلزم وضع الموظف المعين لأول مرة تحت الاختبار لفترة من الزمن . حتى تثبت صلاحيته للعمل فى الوظيفة العامة بناء على تقارير رؤسائه . ولا يثبت الموظف ولا يستقر مركزه القانونى إلا إذا اجتاز هذه الفترة بنجاح . ومدة الاختبار فى قانون الموظفين اليمنى هى ستة أشهر . وفى هذا تنص المادة ١٣ من القانون على أن « يكون التعيين لأول مرة فى أدنى درجات الوظائف لمدة ستة أشهر تحت الاختبار فإذا لم يمض الموظف مدة الاختبار بنجاح فصل من وظيفته . ويستثنى من ذلك المعينون بقرار جمهورى أو قرار من رئيس مجلس الوزراء»

وحكمة فترة الاختبار هى تقرير ضمانة لمصلحة الإدارة والمصلحة العامة . فقد يجتاز الموظف امتحان المسابقة بنجاح أو قد تبدو شخصيته لا غبار عليها ، ولكن قد لا يتعايش بعد تعيينه واستلامه العمل مع المجتمع الوظيفى وواجباته ومسئولياته التى من عناصرها الجدية فى أداء العمل وطاعة الرؤساء والتعاون مع الزملاء فى العمل . ولما كانت الوظيفة العامة مهنة تضمن لشاغلها الاستقرار حتى سن المعاش ، فهى العمر كله مالم تحدث ظروف خطيرة وغير عادية تقتضى فصل الموظف وهذا أمر غير وارد فى الوضع العادى لموظف عادى يحترم واجباته ولو بالقدر الأدنى ، لذلك كله فالمصلحة العامة تقتضى فصل الموظف المعين لأول مرة إذا لم تثبت صلاحيته بناء على تقارير موضوعية خلال فترة الستة أشهر المحددة للإختبار .

ويلاحظ على تنظيم المشرع اليمنى لفترة الاختبار فى المادة ١٣ من القانون ما يلى : —

١ — يخضع لفترة الاختبار وأحكامها فقط الموظفون المعينون لأول مرة

وبشرط ألا يكونوا من شاغلى الوظائف العليا . إذن يستثنى من الخضوع لفترة الاختبار أولا شاغلو الوظائف العليا . فالمادة ١٣ من قانون الموظفين اليمنى تستثنى الموظفين المعينين بقرار جمهورى أو قرار من رئيس مجلس الوزراء . وثانياً لا يخضع أيضاً لفترة الإختبار الموظفون الذين لا يدخلون الوظيفة العامة لأول مرة مثل الموظف الذى يشغل الوظيفة بطريق الترقية أو بطريق النقل من وظيفة عامة أخرى مماثلة .

٢ — مدة الاختبار تبدأ من تاريخ استلام العمل وليس من تاريخ صدور قرار التعيين ، لأن حكمة الاختبار هى تقرير صلاحية الموظف المعين لأول مرة ولذا فهى تقتضى بداية حساب مدة الستة أشهر المقررة للاختبار من وقت استلام العمل فعلا . وبناء على تلك الحكمة أيضاً لا تدخل فى حساب مدة الستة أشهر الأيام التى يتغيب فيها الموظف عن العمل كما لو كان فى أجازة مرضية مثلا . ويلاحظ أن المشرع اليمنى — مثل المشرع المصرى فى هذا الشأن — لا يعطى للموظف تحت الاختبار الحق فى إجازة اعتيادية أى الإجازة السنوية .

الفصل الثانى

حقوق الموظفين وواجباتهم وتأديبهم

إن مركز الموظف العام ليس مركزاً تعاقدياً ، بل هو – كما سبق القول – مركزاً تنظيمياً تحدده القوانين واللوائح وبالذات قانون الموظفين ولائحته التنفيذية . وينتج عن ذلك أن حقوق الموظفين وواجباتهم تحددها قواعد عامة آمرة وبطريقة موحدة بالنسبة لكافة الموظفين ، ولا يجوز للإدارة الإتفاق على خلافها مع هذا الموظف أو ذاك . ونفس الحكم ينطبق على النظام التأديبى للموظفين فهو أيضاً نظام عام ذو قواعد آمرة تكفل الاحترام الواجب من جانب الموظف للوظيفة العامة وأعبائها ، كما تكفل فى ذات للوقت ضمانات احترام حقوق الموظف فى الدفاع عن نفسه قبل صدور أى قرار جزائى أو تأديبى فى شأنه .

وفى ضوء ما سبق ندرس تباعاً حقوق الموظفين ثم واجباتهم وأخيراً نظام تأديبهم .

المبحث الأول

حقوق الموظفين

تتمثل حقوق الموظفين أساساً فى عدد من المزايا المادية التى تكفل لجمهور الموظفين العموميين الحياة الكريمة بما يتناسب مع أهمية الوظيفة ومستواها . ومن ذلك المرتبات والعلاوات والترقيات التى يحصل عليها الموظفون أثناء خدمتهم الوظيفية ، ومن ذلك أيضاً المعاشات أو المكافآت التى يحصلون عليها بعد انتهاء خدمتهم لضمان حياتهم الكريمة فى سن الشيخوخة مع ملاحظة أن هناك مكافآت أخرى قد يحصل عليها الموظف أثناء خدمته وقبل تركه لها . ومن ناحية أخرى بجانب المزايا أو الحقوق المادية السابق الإشارة إليها . يتمتع الموظفون بحقوق غير مادية تتمثل أساساً فى الإجازات المختلفة التى يستحقونها لأسباب مختلفة ومن أهمها الإجازة السنوية أو الاعتيادية .

وفيما يلى نتناول أهم حقوق الموظفين العموميين : –

أولا : المرتب : —

المرتب هو أهم الحقوق المادية للموظف العام مهما كانت درجته ، وهو عبارة عن مبلغ نقدى يتقاضاه الموظف بصفة دورية منتظمة من الإدارة العامة لقاء ومقابل إنقطاعه لخدمة الدولة . ومرتب الموظف هو الوسيلة الأساسية لحياته هو وأسرته ، ولذلك يجب أن يكفل للموظف وأسرته الحد الأدنى من الحياة الكريمة ، ولكن المرتب يرتفع كلما إزدادت أهمية الوظيفة . والأصل العام أن المرتب يتلقاه الموظف من الإدارة أو بمعنى أدق يتقاضاه من الخزانة العامة ، ولكن هناك حالات إستثنائية محدودة يتقاضى فيها الموظف مرتبه من جمهور المنتفعين وفقاً لبعض نصوص القوانين أو اللوائح ومثال ذلك المأذون والحانوتى الذى يقوم بدفن الموتى .

والمرتب يقرره قانون الموظفين أو قوانين الكادرات الخاصة بصورة آمرة ملزمة للإدارة والموظف . ويقع باطلا كل اتفاق خاص بين الإدارة والموظف بمقتضاه يتنازل الموظف عن جزء من مرتبه بصورة مسبقة أو على العكس يزيد من مرتب الموظف على خلاف ما يقرره القانون فمثل هذه الاتفاقات لاغية ولا قيمة لها لأن المرتبات وغيرها من حقوق الموظفين تتقرر بقواعد قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . ولكن نظرياً ليس ما يمنع الموظف من التنازل عن مرتبه كله أو بعضه عن شهر معين بشرط أن يكون هذا المرتب قد استحق فعلا . فهو يصبح فى هذه الحالة حقاً شخصياً يجوز التنازل عنه لقضية قومية معينة أو لعمل خيرى محدد ، فالذى لا يجوز هو الاتفاق أو التنازل المسبق أما لو وقع تنازل لاحق بعد استحقاق مرتب معين فهذا يجوز قانوناً .

ثانياً — العـــلاوة —

وهى مبلغ من المال ينضاف لمرتب الموظف ، والعلاوة تنقسم إلى نوعين : العلاوة الدورية أو العادية ، والعلاوة التشجيعية أو الاستثنائية .

والعلاوة الدورية أو العادية هى الأكثر أهمية وهى كما يدل عليها اسمها تمنح للموظفين بصفة دورية كل عام ، وبمقتضاها يزداد مرتب الموظف

بنفس القدر بهدف مواجهة ارتفاع الأسعار وأعباء المعيشة ومقدارها يختلف من وظيفة لأخرى بحسب درجتها ، وعادة يتوقف استحقاقها إذا وصل الموظف فى مرتبه إلى نهاية مربوط الدرجة التى يشغلها .

أما العلاوة التشجيعية أو الاستثنائية فهى كما يدل عليها اسمها تمنحها الإدارة بقرار استثنائى للموظف المجد المجتهد تشجيعاً له وتقديراً لامتيازه ، وهى تكون بنفس مقدار العلاوة الدورية وتنضاف إليها وتندمج مثلها فى مرتب الموظف . وهذا يعنى أن منح الموظف لعلاوة تشجيعية لا يؤثر بحال فى استحقاقه للعلاوة الدورية لاختلاف سببهما .

ويلاحظ أن القانون اليمنى يقصر الحق فى المكافأة التشجيعية على الموظفين الحاصلين على دورات تدريبية لا تقل عن ستة أشهر .

ثالثاً – البدلات والمكافآت : –

البدلات هى مبالغ نقدية تعطى لبعض فئات الموظفين بسبب طبيعة عملهم مثل بدل العدوى الذى يعطى للموظفين المعرضين بحكم عملهم للعدوى بمرض معين . ومثل بدل العمل فى المناطق النائية . ومثل بدل التمثيل الذى يعطى للرئاسات الإدارية العليا . ومثل البدلات التى تقرر قانوناً لحاملى بعض الشهادات العليا كالدكتوراه والماجستير .

أما المكافآت فهى مبالغ يحصل عليها الموظف وفقاً للقانون عن أعمال استثنائية ، تم تكليفه بها فوق عمله الأصلى . فهى قد تكون مقابل تكليفه بالعمل فى وقت إضافى أى فى غير الوقت الرسمى للعمل كبعد الظهر أو فى أيام العطلات ، كما أنها قد تكون فى مقابل تكليف الموظف بعمل إضافى غير عمله الأساسى ولو تم ذلك أثناء وقت العمل الرسمى .

وقد نظم قانون الموظفين اليمنى البدلات والمكافآت فى المواد من ٣٠ إلى ٣٥ .

رابعاً – الترقيــات : –

الترقية هى منح الموظف درجة أعلى من الدرجة التى يشغلها مباشرة ،

وهى تتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة . والأصل العام أن السلطة المختصة بالتعيين هى ذاتها المختصة بإصدار قرارات الترقية تتضمن مزايا أدبية ومادية بالنسبة للموظف : فمن الناحية الأدبية يترتب على الترقية صعود الموظف لدرجة أعلى فى السلم الإدارى فتزداد أهمية وظيفته ويعلو مركزه . ومن الناحية المادية يزداد مرتب الموظف على أثر الترقية ، فيستحق بداية مربوط الدرجة المرقى إليها أو علاوة من علاواتها الدورية أيهما أكبر بالنسبة له . فعلى سبيل المثال إذا كان مرتبه عند الترقية يجاوز بداية مربوط الدرجة فالموظف يحصل فى هذه الحالة على علاوة من علاوات هذه الدرجة المرقى إليها .

والترقية تشتمل على نوعين رئيسيين : الترقية بالأقدمية المطلقة ، والترقية بالاختيار . والنوع الأول يتميز بسهولة التطبيق وبالعدالة المطلقة لأن العبرة تكون بحسب أقدمية الموظف فى الدرجة ومرور عدد من السنوات حدده القانون. أما الترقية بالأختيار فهى تتضمن أحياناً شبهة المحاباة والاعتبارات الشخصية . ولكنها تتضمن تقدير من الدولة للموظف الممتاز ذى الكفاءة العالية . وعادة يجمع نظام قانون الوظائف فى الدول المختلفة كلا نوعى الترقية ، والاتجاه العام هو تطبيق الترقية بالأقدمية المطلقة فى الدرجات الدنيا وتطبيق الترقية بالإختيار فى درجات الوظائف العليا مثل الدرجة الأولى والدرجة الثانية. وفى الدرجات الوسطى تكون القاعدة هى الأقدمية المطلقة مع وجود نسبة استثنائية فى كل درجة للترقية بالاختيار للموظف الحاصل على تقدير ممتاز فى التقرير السنوى لكفاية الموظف .

والترقية عموماً تعتمد على تقارير الكفاية السنوية التى يعدها الرئيس المباشر ثم تعرض على المدير العام المختص لإبداء رأيه فيها ، ويقوم الأخير بعرض التقرير على لجنة شئون الموظفين التى لها أن تعتمده أو تعد له بقرار مسبب (١)

---

(١) وقد نظمت المادة ١٨ من قانون الموظفين لجنة شئون الموظفين فنصت على ما يلى : « تنشأ فى كل وزارة لجنة تسمى لجنة شئون الموظفين وتشكل بقرار من الوزير المختص أو من له سلطاته ، من وكيل الوزارة المختص رئيساً ، ومن اثنين إلى أربعة من كبار الموظفين أعضاء من بينهم المسئول عن الشئون المالية والإدارية . ويجوز أن تنشأ لجنة مماثلة فى كل مصلحة =

(مادة ٢١ من القانون) . ويلاحظ أن الموظف الذى قدرت كفاءته بمرتبة ضعيف يحرم من الترقية خلال السنة التى يقدم فيها عنه التقرير بدرجة ضعيف (مادة ٢٣ من قانون الموظفين) . ويلاحظ أيضاً أن نظام تقارير الكفاية يستثنى منها الموظفين للشاغلين للدرجتين الأولى والثانية (مادة ٢٠ من القانون) وقد نظم قانون الموظفين اليمنى الترقيات فى المواد ٢٤ — ٢٦ .

خامساً — الإجازات : —

الأجازات تمثل حقوقاً غير مالية للموظف . ولكنها لا تقل عن الحقوق المالية فى أهميتها . وقد روعى فيها مصلحة الموظف فى الراحة من عناء العمل ومصلحته فى تقدير ظروفه الشخصية المعقولة ، ومن خلال مراعاة مصلحة وظروف الموظف تستهدف الأجازات فى النهاية مصلحة العمل نفسه .

والإجازات لها أنواع متعددة تختلف باختلاف الغرض المباشر لكل منها ، وذلك على التفصيل التالى :—

١ — **الإجازة الدورية أو الاعتيادية :** وهى الإجازة السنوية التى يقررها القانون للموظف بغرض راحته واستجمامه وتجديد نشاطه وقدرته الجسمية على العمل . وقد حددها القانون اليمنى بشهر فى السنة للموظف دون الخمسين عاماً وشهر ونصف لمن بلغ هذه السن (المادة ٤٥) .

ونظراً لجوهرية الإجازة الدورية السنوية ، فلا يجوز تقصيرها أو تأجيلها أو إلغاؤها أو قطعها إلا لأسباب قوية تتطلبها مصلحة العمل . ومن ناحية أخرى أجاز القانون ضم الأجازات الدورية إلى بعضها بشرط ألا تزيد مدتها فى جميع الأحوال عن ثلاثة أشهر (المادة ٤٥ سالفة الذكر) .

٢ — الإجازة العارضة : وهى كما يدل عليها اسمها تكون لأسباب عارضة غير متوقعة بحيث لا يتمكن الموظف من ابلاغ رؤسائه مقدماً للترخيص له

= برئاسة رئيس المصلحة وبذات التشكيل المذكور ، وتكون قراراتها بأغلبية الآراء فإذا تساوت يرجح الجانب الذى منه الرئيس ، ويقوم بأعمال السكرتارية بهذه اللجان مدير شئون الموظفين بالوزارة أو المصلحة أو من يقوم بعمله دون أن يكون له صوت معدود فى المداولات » .

بالغياب . وتواجه قوانين التوظف احتمالات الظروف الشخصية الطارئة للموظف بمنحه الحق فى إجازة عارضة لمواجهة تلك الظروف القهرية بشرط أن تكون فعلا كذلك . والإجازة العارضة فى القانون اليمنى لا يجوز أن تزيد عن يومين فى المرة الواحدة ، ولا يجوز أن تتعدى مجموع الإجازات العارضة عشرة أيام فى السنة (مادة ٤٤ من القانون) .

٣ – الإجازة المرضية : كل إنسان معرض لمرض يفاجئه ولذلك لابد من التحقيق من حالة المرض ومنح الموظف الإجازة اللازمة لتحقيق شفائه من المرض مراعاة له ولمصلحة العمل . والأصل أن الإجازة المرضية مدفوعة الأجر لمصلحة الموظف وبالذات أسرته ؛ ولكن يحدد القانون مدة معينة للأجازة المرضية بحيث لو تجاوزها الموظف يتم تخفيض مرتبه بنسب معينة حسب طول المدة اللازمة لعلاجه . وإذا تجاوزت مدد الإجازة المرضية حداً أقصى معين طويل نسبياً فإنه يجوز فصل العامل على اعتبار أن شرط اللياقة الصحية لازم ليس فقط للتعيين فى الوظيفة العامة بل وأيضاً للاستمرار فيها

ومنعاً للتمارض والتحايلات يقرر القانون ضرورة توقيع الكشف الطبى على الموظف المريض من اللجنة الطبية المختصة التى تحدد المدة اللازمة لشفائه أو علاجه . وعلاج الموظف يكون على نفقة الدولة كعنصر من عناصر التأمينات الاجتماعية للموظفين .

٤ – **الأجازات الخاصة** : وهى أنواع أخرى من الإجازات يقررها القانون للموظف لأسباب هامة يحددها . وبعض هذه الإجازات الخاصة يفرضها القانون على الإدارة وبعضها الآخر يترك فيها للإدارة سلطة اعطائها أو رفضها كذلك قد تكون الإجازة الخاصة بمرتب أو بدونه .

وفيما نستعرض أنواع الإجازات الخاصة التى قررها قانون الموظفين اليمنى والتى تقررت أيضاً وبوجه عام فى تشريعات الدول العربية الأخرى :—

(١) إجازة الوضع : تعترف قوانين التوظف فى كل الدول بحق المرأة الموظفة فى إجازة بمرتب لتضع مولودها وتستعيد صحتها الطبيعية لاستئناف

العمل . وقد أقر القانون اليمنى هذا الحق ، فنص على حق المرأة الموظفة فى أجازة وضع لمدة عشرين يوماً قبل الوضع وأربعين يوماً بعده لتستعيد السيدة صحتها (المادة ٤٨-٢) . وهذه الأجازة بمرتب كامل ، ولا تدخل هذه الأجازة الخاصة فى حساب الأجازات الدورية أو المرضية .

(٢) إجازة الحج : من الطبيعى فى دولة عربية إسلامية أن يمنح الموظف أجازة بمرتب لأداء فريضة الحج . وتكون هذه الإجازة مرة واحدة طوال مدة خدمة الموظف ، ومدتها شهر (مادة ١/٤٨) .

(٣) الإجازة الدراسية : أجاز القانون اليمنى منح الموظف إجازة دراسية بمرتب أو بدون مرتب . وتلك الإجازة من الممكن أن تمتد أحياناً حتى أربع سنوات (مادة ٤٧) .

أنواع أخرى من الإجازات الخاصة : وأخيراً هناك أنواع أخرى من الإجازات الخاصة أجاز القانون اليمنى منحها للموظف بالمرتب الأساسى مع بدل التخرج ، و لا تدخل هذه الإجازات فى حساب الإجازات الدورية والمرضية ، وتلك الإجازات الخاصة التى أجاز القانون منحها علاوة على ما سبق تتمثل فى الحالات الآتية :

١ — للموظف الذى يخالط مريضاً بمرض معد . وذلك إذا رأت اللجنة الطبية المختصة ضرورة منع الموظف من ممارسة عمله وللمدة التى تقدرها اللجنة .

٢ — للموظفة فى حالة وفاة زوجها ، فيجوز منحها أجازة خاصة بناء على طلبها لمدة أقصاها مائة وثلاثين يوماً من تاريخ وفاة الزوج .

٣ — ومن أجل الاعتبارات الإنسانية واعتبارات العدالة ، قرر القانون منح الموظف الذى أصيب بجرح أو مرض بسبب تأديته لوظيفته إجازة خاصة بالمرتب الأساسى وكافة بدلاته ، و لا تحسب هذه الإجازة من الإجازات الدورية أو المرضية ، ومدة الإجازة مفتوحة فهى تتقرر طوال المدة التى تراها اللجنة الطبية .

المبحث الثـــانى

واجبـــات الموظفين

فى مقابل الحقوق والمزايا المادية والأدبية التى تمنحها قوانين التوظف للموظفين العموميين ، فهى تفرض عليهم واجبات متنوعة ومتعددة .والفكرة الأساسية التى تنبع منها تلك الواجبات هى النظرة للوظيفة العامة باعتبارها تكليف لخدمة الدولة والشعب وخدمة وطنية قبل كل شىء وفوق كل شىء . وقد أبرز قانون الموظفين اليمنى هذه الفكرة الجوهرية فى المادة ٥٤ التى نصت على أن « الوظائف العامة تكليف للقائمين بها هدفها خدمة المواطنين تحقيقاً للمصلحة العامة طبقاً للقوانين واللوائح والنظم المعمول بها » .

ويمكن جمع واجبات الموظفين العموميين فى أربع طوائف من الواجبات :

– أداء العمل بدقة طبقاً لنظام المرفق .

– طاعة الرؤساء .

– احترام كرامة الوظيفة العامة ومقتضياتها .

– حسن السلوك والخلق .

ونتناول هذه الواجبات تباعاً : –

أولا – أداء العمل بدقة طبقاً لنظام المرفق :–

هذا هو الواجب الأول الجوهرى على كل موظف عام يعمل فى مرفق عام ويمثل الدولة . ويتحلل هذا الواجب الأساسى إلى التزامات محددة هى :

١ – أداء العمل الذى يفرضه نظام المرفق بالدقة والأمانة الواجبة (مادة ٥٥/فقرة ١) ، ويتضمن ذلك أن يقوم الموظف بالعمل المحدد له بنفسه وليس له أن يفوضه أو يحيله إلى غيره إلا إذا سمح القانون بالتفويض وفى حدود النص .

٢ — المحافظة على أوقات الدوام الرسمية طبقاً لنظام المرفق أو الوزارة أو المصلحة التى يعمل بها ، فلا يتأخر الموظف عن الساعة المحددة ولا يترك العمل إلا بانتهاء الميعاد المحدد .

٣ — الامتثال لأمر الإدارة بتكليفه بالعمل فى غير أوقات العمل الرسمية إذا اقتضت مصلحة العمل ذلك ، ، ولكن مع تعويضه بأجر إضافى ملائم (طبقاً للمادة ٣٢ من القانون) .

ثانياً — طاعة الرؤساء : —

وهو ما حددته الفقرة الرابعة من المادة ٥٥ من القانون حينما قررت أن واجب كل موظف « أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وأمانة وذلك فى حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها ؛ ويتحمل كل رئيس مسئولية الأوامر التى تصدر منه ، ويكون مسئولا عن حسن سير العمل فى حدود اختصاصه » .

وواجب الموظف فى طاعة رئيسه التزام جوهرى يقتضيه التنظيم الإدارى فى كل دولة حتى ينتظم العمل فى المرافق العامة . وسلطة الرئيس على المرؤوس كبيرة وغير محددة ، فهى تشمل حق الرئيس فى إلغاء قرار أو عمل المرؤوس أو تعديله أو حتى قيام الرئيس بالعمل محل المرؤوس ، إلا إذا قرر القانون غير ذلك . كما تشمل سلطة الرئيس حق توجيه تعليمات وأوامر ملزمة يتعين على المرؤوس تنفيذها بدقة ، وليس للمرؤوس مخالفة أوامر الرئيس فى العمل إلا فى حالة واحدة هى أن يكون الأمر ينطوى على جريمة جنائية . أما إذا كان أمر الرئيس ينطوى على مجرد مخالفة تأديبية غير جنائية ، فعلى المرؤوس تنفيذ الأمر ويكون المسئول عن المخالفة فى هذا الوضع هو الرئيس الإدارى مصدر الأمر . وهذا هو ما تعنيه العبارات الأخيرة من نص المادة ٥٥/فقرة ٤ سالف الذكر : « ويتحمل كل رئيس مسئولية الأوامر التى تصدر منه ، ويكون مسئولا عن حسن سير العمل فى حدود اختصاصه » .

---

(١) انظر على وجه التفصيل :

واجب الطاعة فى الوظيفة العامة . عاصم عجيلة رسالة دكتوراه . عالم الكتب

ثالثاً — احترام كرامة الوظيفة ومقتضاتها : —

وهذا الواجب العام يتضمن عدد من الواجبات المتفرعة هى : —

١ — ضرورة تعاون الموظف مع زملائه فى العمل . وما هو ما قررته الفقرة الثالثة من المادة ٥٥ بقولها «أن يتعاون مع زملائه فى أداء الواجبات اللازمة لتأمين سير العمل وتنفيذ الخدمة العامة » .

٢ — التفرغ للعمل فى الوظيفة العامة . فالخدمة العامة فى الحكومة والجهات الإدارية هى مهنة تضمن لشاغلها الاستقرار الوظيفى وتمنحه حقوقاً ومزايا مادية وأدبية أثناء الخدمة وحتى بعد سن الإحالة للمعاش . ومن ثم يجب أن يتفرغ الموظف للوظيفة العامة. فلا يجوز للموظف أن يجمع بين وظيفته وأى عمل آخر يؤديه بنفسه أو بالواسطة إذا كان من شأن ذلك الإضرار بأداء واجبات الوظيفة أو كان غير متفق مع مقتضياتها . كذلك لا يجوز للموظف أن يؤدى أعمالا للغير بمرتب أو بمكافأة ولو فى غير أوقات العمل الرسمية ، إلا بإذن من الوزير المختص (المادة ٥٦ من القانون) . كذلك يحظر على الموظف الأعمال التجارية أو شراء أو استئجار عقارات أو منقولات إذا كانت تلك المعاملات تتصل بأعمال وظيفته (مادة ٥٩ من القانون) .

٣ — واجب مراعاة الأحكام المالية المعمول بها طبقاً للمادة ٥٧ .

وقد أضافت هذه المادة أنه يحظر على الموظف ما يلى :—

(١) مخالفة القواعد والأحكام المالية المنصوص عليها فى القوانين .

(٢) مخالفة الأحكام الخاصة بضبط الرقابة على تنفيذ الميزانية .

(٣) مخالفة اللوائح والقوانين الخاصة بالمناقصات والمزايدات والمخازن والمشتريات وكافة القواعد المالية .

(٤) الإهمال أو التقصير الذى يترتب عليه ضياع حق من الحقوق المالية للدولة .

٤ — واجب عدم إفشاء أسرار المهنة : —

ويتضمن هذا الواجب أن يحظر على الموظف العام ما يلى : —

(١) أن يفشى الأمور التى يطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية

بطبيعتها أو بموجب تعليمات تقضى بذلك ؛ ويظل هذا الالتزام قائماً حتى بعد ترك الموظف للوظيفة (مادة ١/٥٨) .

(٢) أن يحتفظ لنفسه بأصل أية ورقة رسمية أو ينزع الأصل من الملفات المخصصة لحفظه ولو كانت خاصة بعمل كلف به شخصياً (مادة ٢/٥٨) .

(٣) أن ينشر أو يفضى بأى تصريح عن أعمال وظيفته بغير إذن خاص بذلك .

(٤) وأخيراً تضيف المادة ٥٨ فى فقرتها الأخيرة أنه يحظر على الموظف أن يخالف إجراءات الأمن الخاص والعام التى يصدر بها قرار من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته .

رابعاً — حسن السلوك والخلق : —

فحسن السير والسلوك الشخصى هو شرط أصلا لدخول الموظف فى خدمة الدولة لموظف عام ؛ وهو أيضاً شرط لبقاء الموظف واستمراره فى وظيفته ؛ لأن الموظف يعمل باسم الدولة ويجسدها أمام المواطنين والرأى العام . والموظف يسأل تأديبياً ليس فقط عن مخالفته لواجبات وظيفته ، بل أيضاً عن كل اعوجاج فى سلوكه الشخصى والخلقى . وفى هذا نصت المادة ٥٥ فى فقرتها الثانية على أنه يجب على الموظف « أن يحافظ على كرامة وظيفته طبقاً للعرف العام ؛ وأن يتجنب الظهور بمظهر لا يليق بشرف الوظيفة وأن يسلك فى تصرفاته مسلكاً يتفق والاحترام الواجب » .

المبحث الثالث

نظام تأديب الموظفين العموميين

لا أهمية لبيان واجبات الموظف العام بدون تحديد الجزاء الذى يجب توقيعه عند مخالفة الموظف لواجباته الوظيفية التى حددها القانون ، سواء كانت واجبات إدارية أو مالية أو حتى تتعلق بمسلكه الشخصى . فإذا خالف الموظف إحدى واجباته القانونية هذه — والسابق بيانها — فهو يكون قد ارتكب

مخالفة تأديبية أو جريمة تأديبية يستحق عنها جزاء تأديبياً يوقعه الرئيس الإدارى (الوزير أو وكيل الوزارة أو رئيس المصلحة أو رئيس المؤسسة العامة أو المحافظ ...) ، وأحياناً بالنسبة للجزاءات الهامة أو الخطيرة يتم توقيع الجزاء من مجلس التأديب أو المحكمة التأديبية .

وقد تمثل الجريمة التأديبية فى حالات كثيرة جريمة جنائية فى ذات الوقت مثل حالات الرشوة والاختلاس والتزوير . كذلك قد يرتبط بالجريمة التأديبية والجنائية مسئولية الموظف المدنية بالتعويض عن الأضرار التى نتجت عن المخالفة بشرط أن يكون خطأ الموظف على قدر من الجسامة وهو ما يسمى بالخطأ الشخصى ، ذلك أنه من المستقر أن الموظف لا يسأل مدنياً عن الأخطاء المرفقية وهى الأخطاء العادية البسيطة التى ترجع إلى حد ما لقصور فى تنظيم وإدارة المرفق . ولكن عدم المسئولية المدنية فى حالة الخطأ المرفقى الذى تكون الدولة مسئولة عنه مالياً إزاء المضرور ، لا يمنع المساءلة التأديبية للموظف .

ومن باب الإيجاز نقتصر ، بعد هذا التمهيد العام ، على معالجة مسألتين : الجزاءات التأديبية — وضمانات الموظف التأديبية .

أولا : الجزاءات التأديبية : —

حددت المادة ٦٢ من قانون نظام الموظفين هذه الجزاءات التى يمكن توقيعها على عموم الموظفين العموميين وهى على الترتيب التالى : —

١ — لفت النظر الكتابى .

٢ — الإنذار .

٣ — الخصم من المرتب لمدة لا تتجاوز شهرين فى السنة ، ولا يجوز أن يتجاوز الخصم تنفيذاً لهذه العقوبة ربع المرتب شهرياً (وذلك حفاظاً على حقوق أسرة الموظف) .

٤ — تأجيل موعد استحقاق العلاوة الدورية لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر .

٥ — الحرمان من العلاوة الدورية .

٦ — الوقف عن العمل مع صرف نصف المرتب لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر .

٧ — الفصل من الوظيفة مع حفظ الحق فى المعاش أو المكافأة أو الحرمان من المعاش أو المكافأة التقاعدية .

— أما بالنسبة لكبار الموظفين الذين يشغلون وظائف وكيل وزارة ووكيل وزارة مساعد فلا توقع عليهم إلا الجزاءات أو العقوبات التالية :—

١ — لفت النظر الكتابى .

٢ — اللوم .

٣ — الإحالة إلى المعاش .

٤ — العزل من الوظيفة مع الحرمان من المعاش أو المكافأة أو الحرمان من ربع المعاش أو المكافأة التقاعدية .

— وقد حددت المادة ٦٣ الاختصاص بتوقيع هذه الجزاءات أو العقوبات التأديبية وذلك على النحو التالى : —

١ — **لوكيل الوزارة أو رئيس المصلحة** كل فى دائرة اختصاصه توقيع عقوبة لفت النظر أو الإنذار أو الخصم من المرتب لمدة لا تتجاوز شهراً فى السنة الواحدة بحيث لا تزيد العقوبة فى المرة الواحدة عن خمسة عشر يوماً ، ويكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً ، وللوزير سلطة إلغاء القرار الصادر بتوقيع العقوبة أو تعديله وذلك بتخفيف العقوبة أو تشديدها وله أيضاً أن يحيل الموظف إلى المحاكمة التأديبية (أمام مجلس التأديب أو المحاكمة التأديبية إذا رأى الوزير أن الموظف يستحق عقوبة كبيرة) .

٢ — للوزير توقيع عقوبة النظر والإنذار والخصم من المرتب بحيث لا تزيد مدة الخصم عن شهرين فى السنة الواحدة .

٣ — يختص مجلس التأديب بتوقيع العقوبات الأخرى المنصوص عليها فى المادة ٦٢ من هذا القانون (التى حددت الجزاءات السابق الإشارة إليها) ،

وذلك دون الإخلال بالاختصاصات المخولة للنيابة الإدارية والمحاكم التأديبية المنصوص عليها فى القوانين النافذة .

ثانياً — ضمانات الموظف التأديبية : —

تكفل قوانين التوظف ومنها قانون الموظفين اليمنى رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧ عدد من الضمانات الجوهرية للموظف المتهم بجريمة تأديبية تحقيقاً للعدالة وحماية للموظف العام حتى لا يجازى تأديبياً لمجرد شبهات لا أساس لها أو لمجرد شائعات عن تهم وهمية لاسند لها فى الواقع . وأهم هذه الضمانات مايلى :

١ — **ضرورة إجراء تحقيق مسبق :** فالعدالة والمبادئ العامة للقانون تقتضى ألا يجازى أى شخص بعقوبة ما بدون أن يسبق توقيع الجزاء تحقيق متكامل وعادل . من أجل التحرى عن التهمة والمعلومات والبيانات وأقوال الشهود التى تلزم لإثباتها . وهذه القاعدة هى ألزم ماتكون بالنسبة للموظف العام الذى تجب حمايته واحترامه وعدم مؤاخذته بدون التأكد والتثبت والتحرى . وتستلزم المادة (٦١) من قانون الموظفين اليمنى أن يكون التحقيق مكتوباً للتأكد من سلامته ودقته وعدالته . ولكن هذه المادة أجازت التحقيق الشفوى غير المكتوب إذا كانت العقوبة بسيطة لاتتجاوز خمسة أيام خصماً من المرتب ، ولكن يشترط أن يثبت مضمون التحقيق الشفوى فى القرار الصادر بتوقيع الجزاء . وأحالت المادة المذكورة إلى اللائحة التنفيذية للقانون من أجل تنظيم إجراءات التحقيق تفصيلا .

٢ — **حق الموظف فى الدفاع عن نفسه :** لكل إنسان متهم فى أية جريمة أو تهمة حق الدفاع عن نفسه لإثبات براءته وتفنيد التهمة أو على الأقل لبيان الظروف المخففة التى قد تلعب دوراً فى تخفيف العقوبة الصادرة . وحق الدفاع مقرر فى كل قوانين التوظف وحتى بدون نص تقتضيه المبادئ العامة للقانون . وقد نصت المادة (٦١) من القانون اليمنى السابق الإشارة إليها إلى أنه « لايجوز توقيع عقوبة ما على الموظف إلا طبقاً لأحكام هذا القانون وبعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه » .

وحق الدفاع يتضمن أساساً مايلى :

— يجب بادئ ذى بدء إحاطة الموظف علماً بالتهمة أو التهم المنسوبة إليه أثناء التحقيق أو المحاكمة وقبل توقيع الجزاء ، ويشمل ذلك إحاطته علماً بالأدلة التى جمعتها السلطة الإدارية أو النيابة الإدارية لتأسيس التهمة أو التهم المسندة للموظف . كل ذلك حتى يستطيع الموظف الرد على الإتهام وأدلته .

— يجب ثانياً أن تسمح سلطة التحقيق أو المحاكمة للموظف بتقديم كافة أوجه دفاعه شفاهة أو كتابة وبدون أى تأثير أو ضغط عليه . وتشمل أوجه الدفاع حق الموظف فى استدعاء وسماع من يرى سماعهم من شهود النفى ، بجانب حقه فى مناقشة شهود الإثبات .

— كذلك يتضمن حق الدفاع أخيراً حق الموظف فى استصحاب محام لمساعدته فى شرح أسباب براءته أو الظروف المخففة لمسئوليته .

٣ — **تسبيب القرار التأديبى** : وأخيراً من الضمانات التأديبية الهامة لمصلحة الموظف المتهم فى جريمة تأديبية تلك القاعدة المستقرة التى تلزم السلطة التأديبية بأن تسبب القرار الجزائى أو التأديبى . وتسبيب القرار التأديبى يعنى أن يتضمن القرار الصادر بتوقيع العقوبة بيان أ وذكر أسباب توقيعها بطريقة واضحة ومحددة . والأصل أن السلطات الإدارية غير ملتزمة عموماً بالإفصاح فى قراراتها عن أسباب هذه القرارات صراحة ؛ إلا فى حالات استثنائية محددة من أبرزها وأهمها حالة القرارات التأديبية . وحكمة الالتزام بالتسبيب هنا هى ضمان عدم توقيع جزاء تأديبى على الموظف العام برعونة وخفة وبدون أسس محددة ، هذا إلى جانب أن معرفة الموظف لأسباب القرار التأديبى تساعده فى الطعن بالإلغاء ضد هذا القرار بالطريق الإدارى أو بالطريق القضائى .

الفصل الثالث

نهاية خدمة الموظفين

كل موظف عام مهما طالت مدة خدمته يأتى اليوم الذى ينتهى فيه تلك الخدمة الوظيفية وتنتهى صفته كموظف عام ، إما بقوة القانون بمجرد تحقق السبب الذى حدده القانون كحالة بلوغ سن التقاعد (أو سن المعاش) وإما بقرار من الإدارة كفصل الموظف لعدم اللياقة الصحية ، وإما أن تنتهى بناء على طلب الموظف وإرادته كالاستقالة . وقد يستحق الموظف معاشاً بعد نهاية خدمته إذا توافرت شروط استحقاقه وهذا هو الوضع العادى وقد لايستحق معاشاً وإنما مجرد مكافأة عن نهاية الخدمة ، اللهم إلا إذا حرم الموظف كلية أو جزئياً من المعاش أو المكافأة كعقوبة تأديبية مع الفصل .

وفيما يلى أسباب نهاية خدمة الموظف طبقاً للتصنيف المشار إليه أعلاه .

أولا

أسباب انتهاء الخدمة بقوة القانون

١ – بلوغ سن التقاعد : تتفق القوانين الوظيفية على تحديد سن أقصى هو عادة ستين سنة يجب فيها إحالة الموظف إلى التقاعد أو إلى المعاش ، بهدف تجديد شباب الوظيفة العامة وإتاحة الفرصة للأجيال الجديدة فى تولى المناصب والأعباء العامة .

ويلاحظ أن سن الستين عاماً كحد للخروج من الخدمة هو حد ملزم للإدارة ، بحيث لايجوز مد الخدمة بعدها إلا إستثناء وبالنسبة لطوائف محددة بنص القانون حتى سن الخامسة والستين . ويمتد السن حتى نهاية العام الدراسى بالنسبة لرجال التعليم وحتى نهاية العام القضائى بالنسبة لرجال القضاء . وقد قررت هذه الأحكام المادتان (٨٢ / ١ و ٨٣) من القانون اليمنى .

٢ — فقد الجنسية : يؤدى فقد جنسية الدولة إلى انتهاء خدمة الموظف بقوة القانون ، فشرط الجنسية هو شرط كبداية الخدمة الوظيفية وأيضاً لاستمرارها . وقد واجه القانون اليمنى هذه الحالة بالنسبة لمن إكتسب الجنسية اليمنية بالتجنس ، فإذا تم سحب الجنسية من المتجنس فقد وظيفته بالتالى مادة (٨٢ / ٥) .

٣ — الحكم على الموظف جنائياً : أيضاً الحكم على موظف بعقوبة جناية أو بعقوبة جنحة فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة يعتبر أيضاً سبب لانتهاء خدمة الموظف بقوة القانون ، وما القرار الإدارى الصادر بإنهاء الخدمة فى هذه الحالة إلا مجرد قرار كاشف عن وضع قانونى تحقق بقوة القانون . وكما سبق أن رأينا شرط عدم الحكم على الشخص بعقوبة جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف والأمانة يعتبر هكذا شرطاً للإلتحاق بالوظيفة العامة وأيضاً للإستمرار والبقاء فيها .

٤ — وفاة الموظف : كذلك تنتهى خدمة الموظف بقوة القانون إذا توفى أثناء الخدمة . وقد قرر قانون الخدمة المدنية المصرى بأنه فى حالة وفاة الموظف يستمر صرف مرتبه لمدة ثلاثة أشهر ، كما يصرف لأسرته مصاريف الجنازة بما يعادل مرتب شهرين كاملين وبحد أدنى خمسون جنيهاً .

ثانيــاً

أسباب إنتهاء الخدمة بقرار من جانب الإدارة

١ — الفصل التأديبى : إذا فصل الموظف تأديبياً تنتهى خدمته بطبيعة الحال . والفصل كجزاء تأديبى شديد لايوقعه الرئيس الإدارى وفقاً للقانون إلا بالنسبة لموظف تحت الاختيار التحق بالوظيفة العامة لأول مرة ، وإنما يتم توقيعه بقرار أو بحكم من مجلس التأديب أو المحكمة التأديبية كضمانة للموظف العام فى مثل هذا الجزاء الخطير مادة (٨٢ - ٤) .

٢ — عدم اللياقة الصحية : شرط اللياقة الصحية — مثل شرط الجنسية وشرط عدم سبق الحكم على الفرد بعقوبة جنائية — يعتبر هو أيضاً شرطاً

لدخول الوظيفة العامة وللاستمرار فيها . وتتحدد لياقة أو عدم لياقة الموظف صحياً بناء على ماتراه اللجنة الطبية . المختصة مادة (٨٢ / ٢) .

٣ — إلغاء الوظيفة المؤقتة : نظراً لأن المشرع اليمنى يعترف بوجود وظائف مؤقتة وبموظف مؤقت ، لذلك كان من الطبيعى أن يعتبر إلغاء الوظيفة المؤقتة سبباً لنهاية خدمة الموظف المعين فى تلك الوظيفة مادة (٨٢/ ٧) .

ثالثاً

إنتهاء خدمة الموظف بناء على طلبه أو ارادته (الاستقالة)

خدمة الموظف تنتهى أيضاً إذا عبر عن إرادته فى ترك الخدمة الحكومية نهائياً وذلك باستقالته من الخدمة وصدور القرار باعتماد وقبول هذه الاستقالة مادة (٨٢ / ٣) .

والأصل فى الاستقالة أن تكون صريحة واضحة بتقديم الموظف طلباً مكتوباً يعبر فيه صراحة عن إرادته فى ترك العمل فتصدر الإدارة قراراً بقبول استقالته . ولكن إلى جانب هذه الإستقالة الصريحة ، اعتبر القانون فى بعض البلاد كمصر أن الموظف يعتبر مستقيلا «حكمياً» أو افتراضياً إذا تغيب لمدة معينة بدون عذر . وهناك حالات أخرى للاستقالة الحكمية من أهمها الإلتحاق بخدمة حكومة أجنبية بدون ترخيص بذلك .

ولكن يلاحظ أن الاستقالة الحكمية أو الافتراضية أو أيضاً «الضمنية» إنما هى قرينة تتقرر لمصلحة الإدارة وليس لمصلحة الموظف . فقد يخشى الموظف فى بعض الجهات مثل المدرس بإحدى المدارس الحكومية ، قد يخشى ألا تقبل استقالته الصريحة فيعمد إلى الغياب أكثر من المدة المقررة بدون عذر طمعاً فى تحقيق غايته فى إعتباره مستقيلا . لذلك فإن القانون — منعاً للتحايل — قرر أن للإدارة أن تعدل عن إعتبار الموظف مستقيلا حكماً وتعمل على مجازاته تأديبياً وبقائه فى الخدمة .

دكتور / محمد رفعت عبد الوهاب

الفهرس

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

مطبعة نهضة مصر
الفجالة — القاهرة

مطبعة نهضة مصر
الفجالة - القاهرة